

Bucerius Law Journal

Redaktion dieser Ausgabe: Paul Bülow, Annika Diemke, Benedikt Folttmann, Ben Fuhrmann, André Geest, Lauritz Gerlach (Webmaster/IT), York-Philipp Gräf (st. Vorsitzender), Julia Heß, Fabian Hoell, Leonard Kilian Jaritz (Vorsitzender), Georg Lorenz, Nicola Meier, Philipp Overkamp, Anja Katharina Penners, Christoph Rathert, Leonhard Redlich (Recht und Finanzen), Jonathan Schramm (Social Media), Fabian Schulze, Isabelle Stein, Antonia von Treuenfeld, Ivo Veit Wanwitz

Heft 01/2018
Seiten 1-72
12. Jahrgang
Juli 2018

Dr. Jonas Hennig*

Angriff auf den Rechtsstaat?

Wenn Polizei und Staatsanwaltschaft unter politischen Druck geraten – Fallanalyse eines Freispruchs im Hamburger Silvester-Verfahren

Dieses Editorial soll anhand einer Fall- und Prozessanalyse aus Sicht der Strafverteidigung aufzeigen, dass der Rechtsstaat äußerst fragil ist und insbesondere von innen heraus gefährdet sein kann, wenn Staatsanwaltschaft und Polizei unter politischen Druck geraten. Erschreckende Folge einer derartigen Drucksituation ist nicht nur mangelnde Objektivität und Einseitigkeit, sondern auch manipulatives und suggestives Vorgehen seitens der Ermittlungsbehörden. Bei einer solchen Kumulation von Missständen kann nur engagierte Strafverteidigung und ein objektives sowie weisungsfreies Gericht Fairness und Objektivität zurück ins Verfahren bringen.

A. Ausgangslage und Diskussion

In der Silvesternacht 2015/16 kam es – dies ist insoweit unstrittig – zu einem bisher nicht bekannten und erschreckendem Massenphänomen in zahlreichen Großstädten Deutschlands. Insbesondere in Köln und Hamburg versammelte sich eine Vielzahl von Männern aus dem arabischen Raum, wobei es zu zahlreichen sexuell konnotierten Übergriffen auf Frauen kam. Niemand hatte das vorhergesehen und die Polizei war weitestgehend unvorbereitet. Die großen Menschenmengen erschwerten ein schnelles Durchgreifen und auch die spätere Aufklärungsarbeit.

Es schloss sich eine gesellschaftliche und rechtspolitische Diskussion an, die leider weniger in den Blick zu nehmen vermochte, wie künftig generalpräventiv derartige Erscheinungsformen von Kriminalität verhindert werden können. Vielmehr wurde ohne kriminologisch-empirische Basis, wie so oft in jüngster Zeit, das Strafrecht als Heilmittel von Parteien jeder Couleur bemüht. Nicht nur Stammtische, sondern auch die Politik waren schnell bemüht neue Straftatbestände

zu fordern und für höhere Strafen einzutreten.

Verkannt wurde dabei, dass mit der Realisierung derartiger Vorhaben weder ein Beitrag zur Verhinderung noch ein Versatzstück zur besseren Aufklärung bei derartigen Phänomenen geleistet würde. Die Ermittlungsbehörden seiner Zeit hatten sich mit den bestehenden Strafrechtsnormen zu arrangieren und standen dabei – insoweit noch verständlich – unter enormen politischen Druck. Colorandi Causa sei bemerkt, dass auch nach damaliger Gesetzesfassung selbstverständlich sexuelle Handlungen gegen den Willen des Opfers unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage unter Strafe standen.

Es ist also festzuhalten, dass das materielle Strafrecht auch vor der Reform des Sexualstrafrechts¹ keine Lücken offenbarte und die in Rede stehenden Vorwürfe strafrechtlich erfasst waren.

Die entscheidende Frage ist vielmehr, ob die Strafverfolgungsbehörden sich seinerzeit so sehr haben unter Druck setzen lassen, dass das Interesse daran, irgendwelche Täter zu präsentieren – notfalls auch die falschen – das Interesse an objektiver und strafprozessual konformer Ermittlungsarbeit überwog.

Die nachstehende Fallanalyse lässt die Befürchtung besorgen, dass die Hamburger Staatsanwaltschaft und auch die Polizei Objektivität und das Gewicht der Unschuldsvermutung nicht (mehr) zum Postulat ihrer Arbeit machten, sondern dem politischen Druck zu Lasten von Unschuldigen erlegen waren.

B. Fallanalyse

Das hier zu besprechende Strafverfahren beginnt im Januar 2016 mit der Strafanzeige der in diesem Verfahren einzigen Belastungszeugin. Sie ist – dies dürfte auch nach Durchführung der späteren Hauptverhandlung unstrittig sein – in der Silvesternacht 2015 auf 2016 Opfer eines sexuell motivierten Übergriffs durch verschiedene, dem äußeren Erscheinungsbild nach dem arabischen Raum zuzuordnenden,

* Der Autor ist Strafverteidiger und Fachanwalt für Strafrecht sowie Gründungspartner der Kanzlei Dr. Hennig & Thum, die bundesweit schwerpunktmäßig im Strafrecht von den Standorten Hamburg, Lüneburg, Kiel agiert. Er ist ferner Lehrbeauftragter der Leuphana Universität Lüneburg für Straf- und Strafprozessrecht sowie Dozent beim juristischen Repetitorium Alpmann und Schmidt Hamburg/Kiel für Straf- und Strafprozessrecht.

¹ Instruktiv und m.w.N. hierzu Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 177 Rn. 1 b ff.

Tätern geworden. In der Menschenmenge auf der großen Freiheit in Hamburg vor einem Club soll sie von mehreren Männern gezielt angefasst worden sein und sich aufgrund des Gedränges nicht habe entfernen können. Der Vorfall habe mehrere Minuten angedauert; ihr Mobiltelefon sei ebenfalls abhandengekommen. Weder soll im konkreten Fall die Tragik der äußerst unangenehmen Situation für die Geschädigte heruntergespielt werden, noch ist es zu verharmlosen, dass sehr viele Frauen in der Silvesternacht auf der großen Freiheit ähnliche Erfahrungen gemacht haben.

C. Strafanzeige und Einleitung des Verfahrens – Versagen der Polizei

Einige Tage nach der Silvesternacht erstattete sie Anzeige bei der Polizei Hamburg. Zunächst gab sie am Telefon eine Täterbeschreibung ab.

Bemerkenswert ist, dass sich ein Fotograf im Zuge der medialen Berichterstattung bei der Polizei Hamburg meldete. Er hatte von einem Balkon aus mit Sicht auf die Große Freiheit Übersichtsaufnahmen in der Tatnacht gefertigt. Der spätere Zeuge bekundete, er habe eine Vielzahl von Bedrängnissituationen wahrgenommen; er konnte aber weder im Ermittlungsverfahren noch in der späteren Hauptverhandlung konkrete Täterbeschreibungen oder Tatsituationen schildern. Die von ihm gefertigten Übersichtsaufnahmen stellte er der Polizei zur Verfügung.

Während die Zeugin im Rahmen der Strafanzeige, also ihrer ersten Vernehmung, von sich aus eine Täterbeschreibung abgab, wurde ihr bei der zweiten Vernehmung bei der Polizei vor Ort, der mittlerweile die Übersichtsaufnahmen vorlagen, diese Gelegenheit nicht gegeben. Entgegen jeder aussagepsychologischen Lehre und entgegen der anerkannten Grundsätze der Vernehmung von Zeugen wurde sie vielmehr unmittelbar mit den Übersichtsaufnahmen konfrontiert. Zunächst sollte sich die Zeugin selbst auf den Übersichtsaufnahmen finden, was auch geschah. Daraufhin wurde sie unvermittelt aufgefordert die Täter zu zeigen, ohne allerdings die Möglichkeit zuzulassen, dass auf den Bildern überhaupt nicht die Tatsituation abgebildet war. Wäre zu diesem Zeitpunkt, also vor Konfrontation mit den Übersichtsaufnahmen, nochmals nach dem Tatort gefragt worden, hätte das Verfahren möglicherweise zu diesem Zeitpunkt schon eine ganz andere Wendung genommen. Wie sich leider erst viel später herausstellte, zeigten die Übersichtsaufnahmen nämlich insoweit eine Situation, die sowohl örtlich als auch zeitlich gerade nicht das Tatgeschehen abbildete.

Wie die spätere Hauptverhandlung ergab, lieferten die Übersichtsaufnahmen für meinen Mandanten vielmehr einen wichtigen Entlastungsbeweis. Die vernehmende Polizeibeamtin hat allerdings bar jeder Grundlage unterstellt, auf den Bildern sei die Tatsituation abgebildet und dies der Zeugin als feststehende Wahrheit suggeriert.

Unter diesem suggestiven Einfluss fiel es der nachvollziehbar durch die Situation belasteten Zeugin leicht, nun alle umstehenden Personen als Täter zu klassifizieren. Weder

vor noch während der Ansehung der Übersichtsaufnahmen hatte sie die Gelegenheit, die Tatsituation örtlich aus ihrer Erinnerung heraus zu schildern.

D. Die Rolle der Staatsanwaltschaft Hamburg

Basierend auf dieser Aussage ermittelte die Polizei die umstehenden Personen und legte die Akte der Staatsanwaltschaft zur weiteren Entscheidung vor.

Die Staatsanwaltschaft als sogenannte „Herrin“ des Ermittlungsverfahrens², die stets objektiv die Ermittlungen zu führen hat³ und dabei auch verpflichtet ist, das Zustandekommen einer Aussage kritisch zu hinterfragen und zu würdigen, war offensichtlich derart über den vermeintlichen Ermittlungserfolg erfreut, dass sie ihrer im Gesetz postulierten Objektivitätsfunktion⁴ nun nicht mehr nachzukommen vermochte. Vielmehr beantragte sie beim zuständigen Amtsgericht Hamburg Haftbefehl wegen Sexualdelikten und eines Raubes, wobei es für den Raub, also die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache mit Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, weder nach der Zeugenaussage noch nach anderen Beweismitteln irgendeine Grundlage gab. Es lässt sich feststellen, dass die erste juristische Kontrollinstanz Staatsanwaltschaft versagt hatte und die massiven Suggestionen und die miserable Ermittlungsarbeit der Polizei nicht zum Anlass nahm, die voreiligen Ermittlungsergebnisse zu hinterfragen.

E. Die Rolle des Amtsgerichts Hamburg

Nun ließe sich vermuten, dass für solche Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft ihrer – als Anklagebehörde naturgemäß nur schwer einzuhaltenden – Objektivitätsverpflichtung nicht nachkommt, dem nun im gerichtlichen Verfahren Einhalt geboten werde. Anders als die durch das Justizministerium weisungsgebundene Staatsanwaltschaft, hatte sich jetzt das weisungsfreie Amtsgericht Hamburg mit dem Antrag auf Erlass des Haftbefehls zu beschäftigen. Im März 2016 folgte die Festnahme aufgrund des vom Amtsgericht Hamburg in Gemäßheit der staatsanwaltschaftlichen Forderung erlassenen Haftbefehls. Eine weitere Begründung des Amtsgerichts oder eine wünschenswerte kritische Auseinandersetzung mit den bisherigen Ermittlungsergebnissen erfolgte nicht. Vielmehr wurde sogar der Raub, für den es nach Aktenlage keinerlei Anhaltspunkte gab, in den Haftbefehl übernommen. Das Gericht behauptete bar jeder Grundlage einen dringenden Tatverdacht.

Glücklicherweise sieht das Gesetz bei Untersuchungshaft nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO zwingend eine anwaltliche Vertretung des Beschuldigten vor. In dieser Situation meldete sich für meinen Mandanten, der zu diesem Zeitpunkt

² Der Staatsanwaltschaft steht die Anklagebefugnis zu, §§ 152 Abs. 1, 170 StPO. Sie kann unter den Voraussetzungen der §§ 153 ff. und nach § 170 Abs. 2 StPO das Verfahren einstellen. Zur Erforschung des Sachverhalts kann sie sich der Polizei bedienen, vgl. insb. §§ 160 Abs. 1, 163 Abs. 1 und 2 StPO.

³ Die Staatsanwaltschaft ist gemäß § 160 Abs. 2 StPO dazu verpflichtet belastende aber auch entlastende Umstände zu ermitteln.

⁴ Der BGH spricht von einem zur Objektivität verpflichteten Rechtspflegeorgan (BGH, NStZ 2008, 231).

noch Heranwachsender war, eine engagierte Person aus der Flüchtlingshilfe, die meinen Mandanten aus seiner Flüchtlingsunterkunft gut kannte, bei unserer Kanzlei. Das zunächst eher als *pro bono* Mandat geführte Verfahren wurde durch mich übernommen und ich besuchte einen jungen, völlig verschüchterten Mann in der Untersuchungshaftanstalt Hamburg. Er hatte die Tatvorwürfe bereits vehement bestritten und versicherte auch mir seine Unschuld.

Für mich als rechtsstaatlichen Vertreter, aber auch zugleich einseitigen Interessenvertreter von Beschuldigtenrechten – nur so kann ein Strafverteidiger einen effektiven Ausgleich zur Machtüberlegenheit der Strafverfolgungsbehörden bieten und somit seiner gesetzgeberischen Funktion gerecht werden⁵ – kam es weniger auf die Versicherung, sondern vielmehr auf die Aktenlage an. Nach dieser ließ sich ohne weiteres feststellen, dass es zunächst für die Annahme eines mittäterschaftlichen Raubes keinerlei Anhaltspunkte gab und auch die Täterbeschreibung der Belastungszeugin nicht zu meinem Mandanten passte. Lediglich die durch massive Suggestion zustande gekommene Behauptung anhand der Übersichtsaufnahmen hatte das Amtsgericht veranlasst, den Haftbefehl zu erlassen.

F. Der Rechtsstaat kehrt zurück

Glücklicherweise wurde bereits Anfang April Anklage erhoben, sodass die von mir sodann umgehend beantragte Haftprüfung beim später zuständigen Gericht, nämlich dem Landgericht Hamburg, stattfand. Der Haftprüfungstermin unter Leitung von der Vorsitzenden Richterin Meier-Göhring gab nun für mich die Gelegenheit, die Aufhebung des Haftbefehls unter Anführung zu beantragen. In meinem Antrag wies ich auf die vorgenannten Mängel der Ermittlungsarbeit, aber auch auf die Rechtsprechung des BGH zur Nullhypothese⁶, Aussagepsychologie⁷ und den sogenannten

Realkennzeichen⁸ hin und erläuterte die aktenkundige, massive Suggestion der Polizei gegenüber der Belastungszeugin.

Die Kammer hatte von sich aus erkannt, dass die bisherigen Ermittlungen einseitig und nur bruchstückhaft erfolgt waren und sich auf diese nicht die Annahme eines dringenden Tatverdachts für einen Raub stützen ließ. Sie erkannte ferner, dass auch ein dringender Tatverdacht für ein Sexualdelikt bezogen auf meinen Mandanten (aber auch alle übrigen Beschuldigten) erheblichen Zweifeln begegnete. Das Landgericht verfügte daher Nachermittlungen, die im Ermittlungsverfahren längst hätten vorgenommen werden müssen.

Aufgrund der nur bruchstückhaften und teilweise widersprüchlichen Täterbeschreibung der Zeugin drängte sich nämlich die Vorlage einer Wahllichtbildmappe auf. Bei einer sogenannten Wahllichtbildvorlage⁹ geht es um die Frage der Wiedererkennung durch die Belastungszeugin. Ihr werden Lichtbilder verschiedener Personen vorgelegt, wobei eine der Personen der mutmaßliche Täter ist und die anderen Personen nachweislich mit dem Tatvorwurf nichts zu tun haben. Wichtig ist freilich, dass die dort abgebildeten Personen eine gewisse Ähnlichkeit aufweisen, um es der Zeugin nicht zu leicht zu machen und eine echte Wiedererkennung zu gewährleisten. Eine solche Wahllichtbildvorlage wurde sodann im Zuge der Nachvernehmungen der einzigen Belastungszeugin vorgelegt. Bemerkenswert war, dass die Zeugin nicht nur keinen der Beschuldigten wieder erkannte, sondern auch einige explizit ausschloss. Spätestens jetzt sollte für alle Verfahrensbeteiligten ersichtlich gewesen sein, dass die Annahmen der Polizei, der Staatsanwaltschaft und des Amtsgerichts Hamburg nicht aufrecht zu erhalten waren und ein dringender Tatverdacht fern lag.

Dies zugrunde gelegt wurde der verfahrensgegenständliche Haftbefehl durch die Kammer auf meinen Antrag hin aufgehoben und ich konnte meinen Mandanten, der nachvollziehbar sehr erleichtert über diese rechtstaatliche Wendung des Verfahrens war, aus der Untersuchungshaft abholen und zu seiner Flüchtlingsunterkunft begleiten. Lediglich am Rande sei bemerkt, dass dieser heimatlose Flüchtling abgesehen von der Hilfe unserer Kanzlei kaum Unterstützung bekam, seine Unterkunft wieder aufzusuchen.

⁵ Zur Rolle der Strafverteidigung als einseitige Interessenvertretung und entscheidenden Faktor für ein faires Verfahren sowie zur Funktion durch Strafverteidigung einen Ausgleich für das bestehende Machtgefälle zwischen Strafverfolgung und Angeklagten zu schaffen siehe statt Vieler: *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl., Rn. 23 ff.

⁶ Bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit einer belastenden Aussage ist bei einer „Aussage gegen Aussage-Situation“ nach der Rechtsprechung des BGH von der Nullhypothese auszugehen (BGHSt 45, 164, 168; *Könken* in Deckers/Könken, die Erhebung von Zeugenaussagen im Strafprozess 2007, 1, 3f.). Das methodische Grundprinzip besteht darin, einen zu überprüfenden Sachverhalt – hier also die Glaubhaftigkeit einer spezifischen Aussage – solange zu negieren, bis die Negation mit den gesammelten Fakten nicht mehr vereinbar ist. Zur Prüfung der Annahme, die Aussage sei unwahr, sind weitere Hypothesen zu bilden. Erst wenn die Unwahrheitshypothese mit den erhobenen Fakten nicht mehr in Übereinstimmung stehen kann, so wird sie verworfen und es gilt die Alternativhypothese, nach der es sich dann um eine wahre Aussage handelt (BGH, Urteil vom 30.07.1999 – AZ: 1 StR 618/98, NStZ 2000, 100.). In dubio pro reo ist also zunächst von der Unglaubhaftigkeit der Belastungsaussage auszugehen.

⁷ Die Rechtsprechung stellt wegen der reduzierten Verteidigungsmöglichkeiten erhöhte Anforderungen an die Beweiswürdigung in Konstellationen, in denen „Aussage gegen Aussage“ steht und zu entscheiden ist, welcher der widerstreitenden Angaben – derjenigen des Beschuldigten oder der einzigen Belastungszeugen für die jeweilige Tat (BGHSt 44, 153, 158 ff.; BGH NStZ-RR 2010, 317; OLG Koblenz, NStZ-RR, 2005, 79, 80.) – das Gericht folgt (Beck OK, StPO, *Eschelbach*, § 261 Rn. 55; Meyer, NStZ 2005, 246 f.). Dann darf das Gericht den Bekundungen einer Auskunftsperson, die quasi eine Parteirolle einnimmt (*Wille*, Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren 2012, 48 f.) nicht schon deshalb, weil sie ggfs. Opfer der Tat ist,

entscheidend höheres Gewicht beimessen, als den Angaben des Angeklagten (BGH NStZ 2004, 635, 636). Diese Grundsätze gelten auch im Ermittlungsverfahren und sind daher für die staatsanwaltliche Abschlussentscheidung gleichermaßen maßgeblich. Erforderlich ist daher nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine sorgfältige Aussageinhaltsanalyse sowie eine genaue Untersuchung der Entstehungsgeschichte der Aussage (BGH NStZ 2010, 228; *Deckers*, FS Eisenberg 2009, 473, 484, 485.), Bewertung der Aussagemotive sowie Prüfung von Konstanz (BGH, Urteil vom 25.01.2011 – 5 StR 418/10; Beschluss vom 30.08.2012 – 5 StR 394/12; *Schmand*, StraFo 2010, 446, 447) und Detailliertheit und eine Überprüfung der Plausibilität der Angaben (BGH NStZ 2009, 107, 108).

⁸ Diese dienen der Überprüfung der Glaubhaftigkeit einer Aussage. Eingehend dazu *Könken*, MAH Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, Rn. 95 ff.

⁹ Zum Beweiswert bei Wahllichtbildvorlagen vgl. OLG Düsseldorf, StV 2007, 347, 348.

G. Beschwerde der Staatsanwaltschaft

Unter Verkenntung der Argumente der Verteidigung und der Kammer des Landgerichts fertigte die Staatsanwaltschaft Hamburg sodann eine ausführliche Beschwerdeschrift gegen die Aufhebung der verfahrensgegenständlichen Haftbefehle. Dabei stützte die Staatsanwaltschaft ihre Argumentation auf die Angaben der Zeugin zu den Übersichtsaufnahmen sowie das von der Zeugin geschilderte „arabische Aussehen“ der Täter. Widersprüche zwischen dem tatsächlichen Erscheinungsbild und der Aussage der Zeugin über die Täterbeschreibung, das Nichtwiedererkennen auf der Wahllichtbildvorlage, aber auch die massiven Suggestionen durch die Polizei bei der Befragung im Kontext der Übersichtsaufnahmen wurden gar nicht erwähnt oder aber als unbeachtlich abgetan.

Spätestens jetzt legte ich meiner Arbeit die Prämisse zugrunde, dass die Staatsanwaltschaft hier keine objektive Führung des Ermittlungsverfahrens gewillt zu leisten war, sondern irgendeine Person in Haft bringen und als Täter der nach Strafe fordernden Öffentlichkeit präsentieren wollte. Den Erfolg dieser Beschwerde hielt ich zum damaligen Zeitpunkt – diese Naivität war für mich und meine künftige Arbeit als Strafverteidiger prägend – für ausgeschlossen.

H. Die Rolle des Oberlandesgerichts Hamburg

Umso entsetzter war ich, dass Mitte Juli das Oberlandesgericht Hamburg der staatsanwaltlichen Beschwerde zum Erfolg verhalf und die Haftbefehle wieder in Kraft setzte. Diese naturgemäß rein auf der Aktenlage beruhende Entscheidung war für mich, spätere Prozessbeobachter aber auch andere Verfahrensbeteiligte der Justiz, in Gänze nicht nachvollziehbar.

Einzig positiver Aspekt dieser oberlandesgerichtlichen Entscheidung war, dass auch das Oberlandesgericht erkannte, dass es keinerlei Grundlage für die Annahme eines Raubes gab. Gleichwohl wurde entgegen aller vorgenannten Bedenken und entgegen der plausiblen und gut nachvollziehbaren Argumentation der landgerichtlichen Kammer, die die Haftbefehle aufgehoben hatte, der staatsanwaltschaftlichen Beschwerde zum Erfolg verholten.

So einseitig wie sich die Argumentation hinsichtlich der Schuldfrage bzw. des dringenden Tatverdachts in der oberlandesgerichtlichen Entscheidung widerspiegelte, so grotesk muteten auch die Ausführungen zur Fluchtgefahr, die bei meinem Mandanten bejaht wurde, an. Fluchtgefahr liegt vor, wenn die Würdigung der Umstände des Falles es wahrscheinlicher macht, dass sich der Beschuldigte dem Strafverfahren entziehen, als dass er sich ihm zur Verfügung halten werde.¹⁰ Eine hohe Straferwartung bildet zwar den Ausgangspunkt der Erwägungen zur Fluchtgefahr, darf allerdings nicht alleiniger Umstand zur Begründung dieser sein.¹¹ Das Oberlandesgericht kam in Bezug auf meinen Mandanten sowohl hinsichtlich einer potenziellen Strafe als auch bei der Würdigung der sonstigen Umstände, die eine

Fluchtgefahr begründen könnten, zu Ergebnissen, die sich meines Erachtens der Nachvollziehbarkeit der allgemeinen Rechtspraxis in Deutschland entziehen.

Um dies zu illustrieren, sei zunächst der von der Staatsanwaltschaft sowie dem Oberlandesgericht fehlerhaft angenommene dringende Tatverdacht für den in Rede stehenden sexuellen Übergriff und das Ausnutzen der schutzlosen Lage als wahr unterstellt. Welche Strafe hat ein Heranwachsender, der nicht vorbestraft ist, zu erwarten, wenn er aus einer Menge heraus eine Frau sexuell belästigt, indem er sie mit anderen aufgrund eines gemeinsamen Tatplans sexuell konnotiert oberhalb der Kleidung anfasst und dabei die Bedrängnissituation bewusst ausnutzt?

Der Tatvorwurf bewegt sich im unteren Bereich der Deliktsschwelle und erheblich strafmildernd wäre die bisherige Straffreiheit meines Mandanten zu berücksichtigen gewesen. Hinzu käme sein junges Alter, insbesondere sein Heranwachsenden-Status. Wie auch das Landgericht später ausführte, ist in solchen Fällen allenfalls eine bewährungsfähige Haftstrafe von unter zwei Jahren zu erwarten, wobei man aufgrund der geringen Intensität des in Rede stehenden Übergriffs im Vergleich zu anderen Tatbildern dieses Delikts, aber auch aufgrund der Kurzzeitigkeit des Geschehens sicherlich eine Strafe weit unter der Zweijahresgrenze (bei einer Haftstrafe über zwei Jahre ist eine Bewährung nicht möglich) zu erwarten hatte.

All das soll die Vorwürfe keineswegs verharmlosen, aber es darf hier nicht der Blick dafür verloren gehen, dass nach allgemeiner Rechtspraxis bei einem derartigen Vorwurf für einen nicht vorbestraften Heranwachsenden schlicht nicht mit einer nicht mehr bewährungsfähigen Strafe zu rechnen ist. Das Oberlandesgericht Hamburg hat indes ohne weitere Begründung für den in Rede stehenden Tatvorwurf auch in Bezug auf meinen Mandanten proklamiert, im Falle der Verurteilung sei eine mehrjährige Haftstrafe zu erwarten.

Aber auch wenn man dies entgegen aller üblichen Rechtspraxis unterstellt, stellt sich die Frage, welche weiteren Umstände zur Begründung der Fluchtgefahr herangezogen werden konnten. Dabei ist zu beachten, dass mein Mandant in den zurückliegenden Monaten in Freiheit nach der ersten Haft wusste, dass trotz Aufhebung des Haftbefehls ein Verfahren vor dem Landgericht Hamburg auf ihn zukommen wird. Nach seiner Entlassung hat er sich wieder in seine Flüchtlingsunterkunft begeben und war dort ohne jeden Fluchtversuch zuverlässig aufhältig; es gab keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass er sich dem Verfahren nicht zur Verfügung stellen werde. Insbesondere war ihm daran gelegen, eine Abschiebung in sein Heimatland zu verhindern.

Warum das Oberlandesgericht trotz dieses wenig inkriminierenden Sachverhalts zur Annahme einer Fluchtgefahr gelangt ist, bleibt nicht nur für den Unterzeichner, sondern auch für die landgerichtliche Kammer, die den Haftbefehl zuvor sowohl mangels dringenden Tatverdachts als auch mangels substantiierter Grundlage einer Fluchtgefahr aufhob, unerfindlich.

Da nun mit der oberlandesgerichtlichen Fehlentscheidung ein Vorgehen gegen den Haftbefehl nicht mehr erfolgsver-

¹⁰ Vgl. statt Vieler BGH NJW 2014, 2372.

¹¹ Vgl. statt Vieler OLG Hamburg StV 2002, 490.

sprechend war, musste die Hauptverhandlung und der damit verbundene Kampf für einen Freispruch abgewartet werden. Der zu diesem Zeitpunkt stark verunsicherte Mandant befand sich nun wieder in Haft, sodass nichts anderes übrig blieb als auf eine möglichst schnelle Hauptverhandlung zu drängen.

I. Erneute Rückkehr des Rechtsstaats

Im Rahmen der medial mit größter Aufmerksamkeit verfolgten Hauptverhandlung vor der landgerichtlichen Kammer stellte sich schnell heraus, dass alle Angeklagten unschuldig waren und ein Tatnachweis *prima vista* nicht geführt werden konnte. Zunächst konnte die Belastungszeugin keinen der Angeklagten identifizieren und schloss diese zum Teil sogar explizit als Täter aus.

Erstmalig hatte die Zeugin nun frei und in aller Ruhe die Möglichkeit zu schildern, wann und wo die Übergriffe stattgefunden haben. Auch die Staatsanwaltschaft konnte nun nicht mehr wegschauen, als allen Verfahrensbeteiligten gewahr wurde, dass die Übergriffe vor der Lokalität „Superfly“ stattgefunden haben; mein Mandant sich allerdings – nachgewiesen durch die Übersichtsaufnahmen – zum Zeitpunkt der Übergriffe vor der Lokalität „Halo“ befand. Die von der Zeugin aufgrund der suggestiven Beeinflussung durch die Polizei anhand der Übersichtsaufnahmen als vermeintliche Täter identifizierten Personen konnten diese überhaupt nicht sein, da sie sich, wie der Entlastungsbeweis der Übersichtsaufnahmen nun zeigte, an anderen Orten befanden. Die vermeintlichen Täter befanden sich also zum Tatzeitpunkt gar nicht am Tatort.

Auch konnte durch Befragung der Verteidigung nochmals in der Hauptverhandlung herausgearbeitet werden, was schon aktenkundig war; nämlich, dass die ursprünglich von der Zeugin abgegebene Täterbeschreibung überhaupt nicht zu den Angeklagten passte. Man hatte seitens der Ermittlungsbehörden verkannt, dass allein das arabische Aussehen – in der Silvesternacht waren auf der Großen Freiheit überwiegend arabisch aussehende Männer – gerade nicht zur Identifizierung ausreichen kann und es sehr viel differenziertere Beschreibungen der Zeugin gab, die dann aber nicht zu den Angeklagten passten.

Es rächte sich die Ignoranz der Ermittlungsbehörden insbesondere hinsichtlich der Ersttäterbeschreibung („Bärtige Männer mit buschigen Augenbrauen“), die die Zeugin in der Hauptverhandlung wiederholte. Auf keinen Angeklagten traf diese Beschreibung zu. Weder in der Tatnacht, noch zu einem späteren Zeitpunkt.

Ferner zeigte sich, dass die Angeklagten zum Teil aus unterschiedlichen Herkunftsländern kamen, unterschiedliche Sprachen sprachen und sich nachweislich nicht kannten. Vor diesem Hintergrund war auch die Annahme eines gemeinsamen Tatplans in kürzester Zeit in sich zusammengefallen. Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass alle Angeklagten die Tat von Beginn an bestritten hatten.

Die Wochenzeitschrift „Die Zeit“ hat das Verfahren und den Prozess von Beginn an begleitet und dokumentiert.

Dort wird die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden trefflich beschrieben:

„Unbegreifliche Kette von Fehlleistungen von Polizei und Staatsanwaltschaft“.

Als passender Mosaikstein in dieses Gesamtbild fügen sich auch die Ausführungen einer vernommenen Polizeibeamtin aus der Hauptverhandlung ein. Es konnte durch die Verteidigung herausgearbeitet werden, dass sie mit verbotenen Vernehmungsmethoden im Sinne des § 136a StPO bei einer der Beschuldigtenvernehmungen gearbeitet hatte. Sie hatte gegenüber dem Beschuldigten behauptet, er sei anhand der Übersichtsaufnahmen bereits überführt, wobei, wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, diese bei richtiger Würdigung gerade den entscheidenden Entlastungsbeweis darboten. Von einem Einsehen oder gar einer Entschuldigung war von Seiten der Beamten im Rahmen der Hauptverhandlung bedauerlicherweise nichts zu hören.

Auch die Staatsanwaltschaft fühlte sich nicht veranlasst, die Zügellosigkeit der polizeilichen Ermittlungsarbeit, derer die Staatsanwaltschaft hätte Einhalt gebieten müssen, selbstkritisch zu reflektieren.

Nachdem nun aber alle Verfahrensbeteiligten im Rahmen der Hauptverhandlung erkannten, dass eine Verurteilung ausgeschlossen war, gab die Verteidigung der Staatsanwaltschaft die Gelegenheit, selbst die Aufhebung des Haftbefehls zu beantragen, was diese sodann auch tat. Noch vor dem letzten Hauptverhandlungstag wurde der Haftbefehl aufgehoben. Es folgte am 01.11.2016 der Freispruch des Landgerichts Hamburg für alle Angeklagten, der rechtskräftig wurde und auch von der Staatsanwaltschaft so beantragt war.

Obwohl die Staatsanwaltschaft immerhin die Aufhebung des Haftbefehls beantragte und für einen Freispruch plädierte, kann von Seiten der Verteidigung nicht konstatiert werden, dass bei der Staatsanwaltschaft mit diesen Anträgen ein Einsehen in die eigene Fehlerkette erfolgt wäre. Vielmehr erschöpfte sich das Plädoyer der Staatsanwältin in einer Rechtfertigung für die über das gesamte Verfahren hin geäußerten Fehlannahmen – durch schlichtes Verlesen der oberlandesgerichtlichen Haftentscheidung. Das auch eine oberlandesgerichtliche Fehlentscheidung nicht in der Lage ist, die manipulative, einseitige und suggestive Vorgehensweise der Polizei, die Unschuldige für mehrere Monate in Haft gebracht hat, zu heilen, sah die Staatsanwaltschaft nicht.

Wie weit sich die Staatsanwaltschaft in diesem Verfahren vom Objektivitätsgebot entfernt hatte, wurde auch in der mündlichen Urteilsbegründung der Kammer deutlich. Ich habe in meiner Laufbahn als Strafverteidiger noch nie erlebt, dass sich eine Vorsitzende oder ein Vorsitzender Richter für das Verfahren bei den Angeklagten entschuldigte. So geschah es aber – und dies meines Erachtens zu Recht. Die Vorsitzende Richterin entschuldigte sich im Namen der Justiz bei allen Angeklagten dafür, was man mit ihnen gemacht hatte.

Traurige Randnotiz ist, dass die Entschädigung für die zu

Unrecht erlittene Untersuchungshaft bei meinem Mandanten über 10 Monate auf sich warten ließ. Ein Umstand für den das Landgericht, das hier gemeinsam mit der Verteidigung den Rechtsstaat zurück ins Verfahren gebracht hat, nicht verantwortlich ist.

J. Welche Lehren können aus dem Verfahren gezogen werden?

Wichtigste Kernerkenntnis dürfte sein, dass ein rechtsstaatliches und faires sowie objektives Verfahren, wie es die Strafprozessordnung für jeden Beschuldigten zwingend vorsieht, nur sichergestellt ist durch engagierte und effektive Verteidigung und durch ein objektives unvoreingenommenes Gericht. Diesem Postulat der StPO ist die Kammer des Landgerichts Hamburg in diesem Verfahren gerecht geworden; nach unserer Auffassung aber weder das Amtsgericht im Ermittlungsverfahren noch das Oberlandesgericht Hamburg im Beschwerdeverfahren.

Dieses Verfahren zeigt zweitens eindrücklich die Fragilität des Rechtsstaats. Der Rechtsstaat ist ein normativ manifestiertes Denkgebilde, das aber im Strafprozess erst durch Menschen, nämlich durch die Verfahrensbeteiligten, zum Leben erweckt wird. Sperren sich die Verfahrensbeteiligten, wie hier die Staatsanwaltschaft, gegen das Objektivitätsgebot, so ist der Rechtsstaat gefährdet. Im Rahmen der heutigen rechtspolitischen Diskussion, in der immer mehr die Bedrohung des Rechtsstaats von außen, etwa durch Terrorgefahren, forciert wird, gilt es für Strafverteidiger, Gerichte aber auch die Staatsanwaltschaft zu erkennen, dass eine Gefährdung von innen, nämlich durch einseitige, zügellose und rechtswidrige Polizeiarbeit aber auch durch die Verletzung des Objektivitätsgebots der Staatsanwaltschaft, gefährdet wird.

Das dritte Anliegen dieses Editorials ist es, vor politischem Druck auf die Justiz zu warnen. Dieser hat ganz offensichtlich erschreckende Auswirkungen auf die Arbeit von Polizei und Staatsanwaltschaft. Im Kleinen ist dies in dem hier vorgestellten Fall zu erkennen; im Großen illustriert beispielsweise ein Blick in die Türkei wie gefährlich politische Einflussnahme auf die Justiz sein kann.

Wenn dieser politische Druck zu derartigen Fehlleistungen wie in diesem Silvesterverfahren führt, ist dies zum einen für den Rechtsstaat, zum anderen vor allem für zu Unrecht Beschuldigte, aber nicht zuletzt auch für die Opfer von Straftaten, verheerend. Im hiesigen Verfahren ist nämlich dem Opferschutz durch die Polizeiarbeit gerade nicht geholfen. Hätte man die Ermittlung von vorneherein offen und objektiv geführt, wären die Chancen zur Ergreifung der richtigen Täter, die nunmehr ausgeschlossen erscheint, deutlich größer gewesen.

Der gesetzgeberische Wille, nach der die Staatsanwaltschaft „Herrin“ des Ermittlungsverfahrens ist und die Polizei bei den Ermittlungen zu kontrollieren und zu leiten hat, ist ein zartes Pflänzchen, das nur zur Blüte gelangt, wenn die verantwortlichen Personen diesen Auftrag ernst nehmen. Ignoranz gegenüber Suggestionen und Manipulationen, Ignoranz gegenüber Täterbeschreibungen und Abweichun-

gen, Ignoranz gegenüber Rechtsprechungsvorgaben zur Aussagepsychologie und Entlastungsbeweisen ist mit dem Postulat der Objektivität unvereinbar.

Dieser Beitrag soll alle Juristen und künftigen Juristen der Justiz zur Objektivität, Rechtsstaatlichkeit und Fairness im Verfahren motivieren und ein Gefühl dafür vermitteln, wie schnell diese Grundsätze zur leeren Hülse werden, wenn sie durch die tatsächlichen Akteure missachtet werden. Er soll Strafverteidiger und künftige Strafverteidiger zur engagierten Durchsetzung von Beschuldigtenrechten auch gegen die Justiz motivieren.

Nicht zuletzt darf dieses Editorial als Hoffnungsschimmer gewertet werden, denn immerhin endete dieses Verfahren zu Recht mit einem Freispruch; dies zum einen aufgrund engagierter Verteidigung – aber auch aufgrund der zutreffenden Wertungen der Kammer des Landgerichts Hamburg.

Ilya Somin*

Abstimmungen mit den Füßen, Dezentralisierung und wirtschaftliche Entwicklung

Einführung

Debatten über ökonomische Entwicklung konzentrieren sich zumeist auf die Frage, wie in einer bestimmten Region neuer Reichtum geschaffen werden kann, der den Wohlstand dort erhöht, wo sich die Menschen heute befinden. Aber historisch gesehen wurde die Entwicklung oft durch die Fähigkeit der Menschen angetrieben, sich mit den Füßen selbst für grünere Weiden zu entscheiden – und dorthin zu gehen, wo sie mehr Wachstum produzieren können. In vielen Fällen ist der beste Weg, neue wirtschaftliche Entwicklungen durch die Ermöglichung einer Abstimmung mit den Füßen zu erleichtern, indem politische Macht dezentralisiert und Mobilitätshindernisse abgebaut werden.

Wenn die Menschen in der Lage sind, mit den Füßen für Gebiete mit größeren Möglichkeiten zu stimmen, folgt die Entwicklung. Das gilt sowohl, wenn sie in einem föderalen System interne Fußwahlen durchführen, als auch, wenn sie dies über internationale Grenzen hinweg tun. Die Auswirkungen beider Arten von Abstimmung mit den Füßen sind oft spektakulär. Der Harvard-Volkswirt und ehemalige Finanzminister Larry Summers sagt dazu: Ich glaube nicht, dass es ein wichtigeres Entwicklungsproblem gibt, als Fragen der Migration richtig zu stellen.¹

Dieser Artikel diskutiert die Auswirkungen der Abstimmung mit den Füßen auf die Entwicklung und skizziert verschiedene institutionelle Strategien zur Erweiterung der Möglichkeiten der Abstimmung mit den Füßen. Er gibt einen allgemeinen Überblick über einige Themen, die in meinem Buch *Free to Move: Foot Voting and Political Freedom*² vertieft werden.

Teil I fasst die enormen Entwicklungsvorteile der Abstimmung mit den Füßen zusammen. Migration kann u.a. die effektive Ausbeutung von Wanderungsprämien ermöglichen - Situationen, in denen ein bestimmtes Individuum an einem Standort produktiver sein dürfte als an einem anderen.³

Die Höhe der dieser Prämien ist oft enorm groß. Ihre effektive Nutzung kann mehr zur Förderung der Entwicklung beitragen als die meisten, wenn nicht sogar alle anderen politischen Reformen. Dies gilt sowohl für internationale als auch für inländische Prämien als Folge der freien Ortswahl.

Teil II erklärt, wie Abstimmungen mit den Füßen einen mächtigen Mechanismus der politischen Freiheit bieten können: Sie ermöglichen es Migranten, jene politische Strategie zu wählen, die ihren Bedürfnissen am besten entspricht. In einigen entscheidenden Punkten ist die Abstimmung mit den Füßen der herkömmlichen Stimmabgabe bei politischen Wahlen überlegen. Im Vergleich zu den Wählern an den Wahlurnen haben Fußwähler stärkere Anreize, relevante Informationen zu suchen und effektiv zu nutzen. Sie profitieren auch auf andere Weise von der Fähigkeit, eine Entscheidung über die politische Richtung zu treffen, unter der sie leben wollen, im Gegensatz zu einem System, in dem sie nur eine von vielen Tausenden oder Millionen Stimmen abgeben können. In autoritären Gesellschaften oder schlecht etablierten Demokratien kann die Abstimmung mit den Füßen für den Großteil der Bevölkerung der einzig realisierbare Mechanismus der politischen Wahl sein. Die überlegene Entscheidungsfindung, die durch eine Abstimmung mit den Füßen ermöglicht wird, erhöht die Fähigkeit der Menschen, Chancen zu suchen und die ökonomische Entwicklung zu fördern.

Teil III befasst sich mit den institutionellen Implikationen von Abstimmungen mit den Füßen. Im Inland können durch die Dezentralisierung der politischen Macht und den Abbau von Hindernissen für die interjurisdiktionale Mobilität die Wahlmöglichkeiten erweitert werden. Besondere Maßnahmen können erforderlich sein, um die Abstimmung mit den Füßen in föderalen Systemen zu erleichtern, in denen tiefe ethnische oder religiöse Spaltungen bestehen. Auf internationaler Ebene können die Möglichkeiten der Abstimmung mit den Füßen durch den Abbau von Einwanderungshindernissen und die Entwicklung institutioneller Mechanismen zur Bewältigung potenzieller negativer Nebenwirkungen der Freizügigkeit verbessert werden.

Die Abstimmung mit den Füßen ist kein Allheilmittel für alle Entwicklungsprobleme, und es ist sicherlich kein perfektes kostenfreies Geschenk ohne Nachteile. Aber wir sollten uns trotzdem bemühen, ihre wirklich enormen Vorteile zu nutzen. Es ist schwierig, sich eine andere Entwicklungsinitiative vorzustellen, die so vielen Menschen einen so großen Nutzen bringen kann.

* Professor of Law, George Mason University. Teile dieses Artikels beziehen sich auf mein Buch *FREE TO MOVE: FOOT VOTING AND POLITICAL FREEDOM*. Für hilfreiche Anregungen danke ich Michael Clemens, Richard Epstein, Bradley Gardner, Roderick Hills, Alex Nowrasteh und den Teilnehmern einer Konferenz der Hong Kong University über Dezentralisierung und Entwicklung. Urheberrecht © 2018 by Ilya Somin. Aus dem Englischen übersetzt von Ben Fuhrmann, Student der Bucerius Law School, Hamburg. Die englische Fassung dieses Beitrags erschien in Somin, Ilya, *Foot Voting, Federalism, and Political Freedom* (October 12, 2012). *NOMOS LV: Federalism and Subsidiarity*, 110-154 (James Fleming and Jacob Levy eds., 2014); *George Mason Law Economics Research Paper No. 12-68*; <https://ssrn.com/abstract=2160388>.

¹ L. H. Summers, *Rethinking Global Development Policy for the 21st Century*, Rede am Ctr. for Glob. Dev. (8. November 2017).

² (Oxford Univ. Press in Kürze) [nachstehend *Somin, Free to Move*].

³ Siehe allgemein Clemens et al., *The Place Premium: Wage Differences for Identical Workers Across the US Border* 1 (Ctr. for Glob. Dev., Working Paper No. 148, 2009) (Diskussion über die Wanderungsprämien, die sich Einwanderer aus verschiedenen Ländern durch den Umzug in die Vereinigten Staaten gesichert haben).

I. Wanderungsprämien und die Entwicklungsvorteile der Abstimmung mit den Füßen

Eine der wichtigsten Erkenntnisse der modernen Entwicklungsökonomie ist, dass Menschen oft produktiver sind, wenn sie an einen neuen Standort umziehen - auch wenn sich ihre persönlichen Eigenschaften und beruflichen Fähigkeiten nicht ändern.⁴ Dies kann geschehen, weil ein Standort mehr Kapital zur Verfügung hat, die mit der aufgewandten Arbeit kombiniert werden kann. Ein Fabrikarbeiter zum Beispiel könnte in eine Region ziehen, in der seine Arbeit produktiver ist, weil es dort mehr und bessere Produktionsanlagen gibt, die er nutzen kann. Alternativ kann der Migrant in einer neuen Region produktiver sein, weil er einen natürlichen Vorteil hat. Zum Beispiel wird ein Landwirt in einem Gebiet, in dem der Boden reicher ist, wahrscheinlich wertvollere Ernten produzieren.

Ein noch wichtiger Grund für die Platzierungsprämien ist jedoch, dass einige Gebiete über bessere wirtschaftliche und politische Institutionen verfügen als andere. Zum Beispiel kann ein Mexikaner seine Produktivität um ein Vielfaches steigern, indem er einfach in die Vereinigten Staaten einwandert.⁵ Der Hauptunterschied zwischen den Vereinigten Staaten und Mexiko ist nicht das Bestehen von mehr natürlichen Ressourcen oder sogar mehr physischem Kapital, sondern überlegene rechtliche, politische und wirtschaftliche Institutionen.⁶

Wanderungsprämien entstehen auch durch interne Migration. Die Abwanderung der Afroamerikaner vom Süden der USA in den Norden ermöglichte es vielen, ihr Einkommen zu erhöhen, indem sie produktiver wurden.⁷ Ein Teil des Unterschieds war auf die größere Verfügbarkeit von Industriekapital in den nördlichen Bundesstaaten zurückzuführen, aber auch auf eine größere Freiheit für Schwarze in Bundesstaaten, in denen ihre wirtschaftlichen Möglichkeiten durch Diskriminierung und rechtlich erzwungene Segregation weniger eingeschränkt waren.⁸

Heute erschweren größer werdende Barrieren für die interjurisdiktionale Mobilität das Wirtschaftswachstum in den Vereinigten Staaten erheblich, sie drücken das Einkommen der Armen künstlich nach unten.⁹

In armen Ländern wird die ökonomische Entwicklung oft zu einem großen Teil durch die Abwanderung der

Landbevölkerung in die Städte getrieben, in denen es größere Beschäftigungsmöglichkeiten gibt. In China – dem dramatischsten aktuellen Beispiel des beschriebenen Phänomens – wanderten zwischen 1978 und 2012 etwa 260 Millionen Menschen, meist aus wirtschaftlichen Gründen, aus ländlichen in städtische Gebiete ab.¹⁰ Ein Großteil der Migrationsströme geht in Sonderwirtschaftszonen mit besseren Institutionen.¹¹ Diese massive Migration war ein wichtiger Faktor für die rasante wirtschaftliche Entwicklung des Landes und machte zwischen 20-23 Prozent des sehr hohen Wirtschaftswachstums aus, das China von Ende der 1970er Jahre bis heute erlebt hat.¹²

Die Bedeutung der Wanderungsgewinne wird dadurch unterstrichen, dass das Ziel wirtschaftlicher Entwicklung nicht darin besteht, die Produktion an einem bestimmten Standort zu steigern, sondern das Wohlergehen der Menschen insgesamt zu steigern, unabhängig davon, wo sie sich befinden. Wie die Ökonomen Michael Clemens und Lant Pritchett es formulierten, sollten wir versuchen, das „Einkommen pro natürlicher [Person]“ statt des Pro-Kopf-Einkommens an einem bestimmten Standort zu maximieren.¹³ Selbst wenn das Pro-Kopf-Einkommen im Gebiet des Landes X oder der Region Y gleich bleibt, hat dennoch eine positive Entwicklung stattgefunden, wenn ein erheblicher Teil der Bevölkerung von X oder Y in der Lage ist, an einen anderen Ort zu ziehen, wo die Menschen produktiver sein, höhere Einkommen erzielen und dadurch ihr Wohlergehen steigern können.¹⁴

Eine größere Entwicklung kann durch die Erweiterung der Möglichkeiten für die Menschen, mit den Füßen zu wählen und Wanderungsgewinne besser zu nutzen, angeregt werden. Ökonomen schätzen, dass die Einführung freier Migration weltweit bis zu einer Verdoppelung des Welt-BIP führen könnte.¹⁵ Auch wenn diese Schätzung zu optimistisch ausfällt, impliziert sie doch, dass sich der Abbau von Migrationsbeschränkungen enorm auf die Entwicklung auswirken würde.¹⁶ Es ist schwer vorstellbar, dass eine andere politische Richtungsänderung auch nur annähernd vergleichbare Gewinne erzielen kann. Auch lediglich

⁴ Siehe id. bei 33-34 (Überprüfung der Nachweise).

⁵ Siehe Id. bei 41 Tab. 8 (Überprüfung der Daten).

⁶ Siehe allgemein *Acemoglu/Robinson*, *Why Nations Fail: The Origins Of Power, Prosperity, And Poverty*, 2013, (über die Bedeutung von Institutionen für die Entwicklung).

⁷ Für eine Diskussion einiger der relevanten Nachweise siehe beispielsweise *Henri*, *Black Migration 1975*, 133; *Somin*, *Foot Voting, Federalism, and Political Freedom*, in: *Nomos: Federalism And Subsidiarity* 83 (Jacob Levy & James Fleming eds., 2014) (im Folgenden *Somin*, *Foot Voting*).

⁸ Zitate zu relevanter Literatur siehe *Somin*, *Foot Voting*, oben Anmerkung 7.

⁹ Für einen guten Überblick über die Themen siehe *Schleicher*, *Getting People Where the Jobs Are*, *DEMOCRACY*, Herbst 2016, abrufbar unter: <http://democracyjournal.org/magazine/42/getting-people-where-the-jobs-are>; und *Schleicher*, *Stuck! The Law and the Economics of Residential Stability*, 127 *Yale Law Journal* (2017), 78, (im Folgenden *Schleicher*, *Stuck!*).

¹⁰ Siehe *Gardner*, *China's Great Migration: How The Poor Built A Prosperous Nation* 5, 2017; vgl. *Hu*, *China's Young Rural-to-Urban Migrants: In Search of Fortune, Happiness, and Independence*, *Migration Policy Institute*, 04.11.12, abrufbar unter: <http://www.migrationpolicy.org/article/chinas-young-rural-urban-migrants-search-fortune-happiness-and> -Unabhängigkeit (Schätzung von insgesamt 145 Millionen Land-Stadt-Binnen-Migranten ab 2009).

¹¹ Siehe *Gries et al.*, *Explaining Interprovincial Migration in China*, 95 *Papers in Regional Science* (2016), 709, 713.

¹² *Gardner*, oben Anmerkung 10, bei 72.

¹³ *Clemens/Pritchett*, *Income Per Natural: Measuring Development for People Rather than Places*, 34 *Population & Development Review* (2008), 395, 396.

¹⁴ Id.

¹⁵ Siehe *Clemens*, *Economics and Emigration: Trillion-Dollar Bills Left on the Sidewalk?*, 25 *Journal of Economic Perspectives* (2011), 83, 83.

¹⁶ Zu den Behauptungen, dass Migrationsbeschränkungen die Produktivität nicht wesentlich beeinträchtigen, da nur wenige zusätzliche Personen migrieren würden, wenn sie beseitigt würden, siehe *BORJAS*, *Immigration Economics* (2014), 168. Für eine Kritik der schwerwiegenden analytischen und empirischen Fehler in Borjas' Argumentation siehe *Clemens/Pritchett*, *The New Economic Case for Migration Restrictions: An Assessment* 12-13 (Ctr. for Glob. Dev., Working Paper. No. 423, 2016), https://www.cgdev.org/sites/default/files/CGD-Working-Paper-423-Clemens-Pritchett-New-Econ-Case-Migration_0.pdf.

bescheidene Liberalisierungen von Migrationsrechten könnten zu einer starken Beschleunigung der Entwicklung führen.

Hindernisse für eine freie Binnenmigration blockieren auch in vielen Ländern, sowohl in den ärmeren als auch in den fortgeschritteneren Ländern, weitere Entwicklungsmöglichkeiten. In China zum Beispiel werden viele Millionen Menschen durch das Hukou-System der Aufenthaltsgenehmigungen, das nur graduell reformiert wird, daran gehindert, attraktive Beschäftigungsmöglichkeiten zu finden.¹⁷ In den Vereinigten Staaten wird die arme und untere Mittelschicht oft durch restriktive Berufsregulierungen, die Neuankömmlinge von zahlreichen Berufen ausschließen, daran gehindert.¹⁸

Die Auswirkungen von Bebauungsplänen sind gravierend, weil sie arme und kleinbürgerliche Migranten besonders betrifft.¹⁹ Eine aktuelle Studie legt nahe, dass, wenn die Regulierungsdichte der Bebauungsplanung in den Vereinigten Staaten auf das der medianen amerikanischen Stadt reduziert würde, die Nation einen Anstieg des BIP von 9,5% erreichen könnte.²⁰ Landnutzungsbeschränkungen schränken die Möglichkeiten der Abstimmung mit den Füßen u.a. auch in China stark ein.²¹

Der Schaden, der durch Migrationsbeschränkungen entsteht, geht weit über das im engen Sinne "Ökonomische" hinaus. Erweiterte Möglichkeiten der Abstimmung mit den Füßen können auch die Freiheit und das Wohlbefinden von Migranten im Allgemeinen massiv verbessern. Man denke beispielsweise an Frauen, die aus patriarchalischen Gesellschaften fliehen, an religiöse Minderheiten, die vor Unterdrückung fliehen, und an Menschen, die vor repressiven tyrannischen Regimes fliehen. In vielen Fällen sind die potenziellen Gewinne hier so groß oder größer als die rein wirtschaftlichen Vorteile der Abstimmung mit den Füßen.

Betrachtet man als Entwicklung im weiteren Sinne den

Ausbau der menschlichen Fähigkeiten,²² dann sind die nichtwirtschaftlichen Vorteile der Wahlen mit den Füßen wahrscheinlich ebenso wichtig wie diejenigen, die sich auf die Steigerung der Produktivität im engeren ökonomischen Sinne beziehen. Die Flucht vor nichtwirtschaftlicher Unterdrückung ermöglicht es Migranten in vielen Fällen, ihre Fähigkeiten auf vielfältige Weise enorm zu erweitern. Besonders dramatisch ist dies, wenn Frauen aus patriarchalischen Gesellschaften fliehen, in denen sie wenig Gelegenheit der Ausbildung oder der Verwirklichung von Zielen haben. Gleiches gilt für religiöse und ethnische Minderheiten, die vor Verfolgung und Diskriminierung fliehen, politische Dissidenten, die vor Unterdrückung fliehen, und andere, deren Chancen durch repressive Regime künstlich eingeschränkt werden.

Was für die internationale Migration gilt, gilt oft auch für die interne Migration. In vielen Ländern bieten einige Regionen mehr Freiheit und Gleichheit als andere, und die Migration kann Millionen von Menschen helfen, die Vorteile der ersteren zu nutzen. Neben der ökonomischen Wanderungsprämie gibt es oft auch die sogenannte Freiheitsprämie oder Gerechtigkeitsprämie als Folge erweiterter Mobilität.

II. Abstimmung mit den Füßen als überlegener Mechanismus der politischen Entscheidung

Die Wahlurne wird gewöhnlich als das Wesen der politischen Freiheit und als der Hauptmechanismus angesehen, durch den die meisten gewöhnlichen Menschen ihre politische Entscheidung treffen. Der demokratische Prozess hat wichtige Vorteile, aber auch zwei gravierende Mängel: Einzelne Wähler haben fast keine Chance, das Ergebnis der meisten Wahlen tatsächlich zu beeinflussen; und sie haben in der Regel wenig oder gar kein Interesse daran, eine wohlinformierte Wahl zu treffen. Die Abstimmung mit den Füßen ist in beiden Punkten überlegen. Das macht sie zu einem mächtigen Mechanismus, um potenzielle Migranten in die Lage zu versetzen, nach Möglichkeiten zu suchen, Entwicklungsprozesse zu beschleunigen.

1. Einfluss einzelner Wähler

Üblicherweise würden wir nicht behaupten, dass eine Person mit einem sinnvollen Ausmaß von Freiheit ausgestattet ist, wenn sie nur eine Chance von eins zu einer Million oder eins zu Hundertmillion hat, eine Entscheidung zu treffen, die einen Unterschied macht. Zum Beispiel hat eine Person wenig, wenn überhaupt, Religionsfreiheit, wenn sie nur eine verschwindend geringe Wahrscheinlichkeit hat, zu bestimmen, welche Religion sie ausüben möchte. Dasselbe gilt für ihre politische Entscheidung. Wie der politische Theoretiker Russell Hardin es ausdrückte, "haben die meisten Bürger nicht die Freiheit, durch Politik tatsächlich etwas für ihr ei-

¹⁷ Siehe *Tiezzi*, China's Plan for 'Orderly' Hukou Reform, DIPLOMAT, 03.02.16, abrufbar unter: <http://thediplomat.com/2016/02/chinas-plan-for-orderly-hukou-reform/>; siehe auch *Gardner*, supra Fußnote 10, bei 19-21, 26-27 (beschreibt die Hindernisse, die das Hukou-System für potenzielle Migranten schafft).

¹⁸ Siehe *Schleicher*, Stuck!, supra Fußnote 9, at 117; *Somin*, Moving Vans More Powerful Than Ballot Boxes, USA TODAY, 18.10.16, abrufbar unter: <http://www.usatoday.com/story/opinion/2016/10/18/mobility-zoning-licensing-voting-minorities-column/91990486>.

¹⁹ Siehe *Schleicher*, Stuck!, oben Anmerkung 9, bei 129; siehe auch *Glaeser*, Reforming Land Use Regulations, Brookings Institution, 24.04.2017 abrufbar unter: <https://www.brookings.edu/research/reforming-land-use-regulations/amp> (mit einem Überblick über die Nachweise).

²⁰ Siehe *Tai-Hsieh/Moretti*, Housing Constraints and Spatial Misallocation, 2 (National Bureau of Econ. Research Working Paper No. 21154, 2015), abrufbar unter: <http://www.nber.org/papers/w21154/>; siehe auch *Ganong/Shoag*, Why Has Regional Economic Convergence in the US Declined?, 30 (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 23609, 2017), abrufbar unter: <http://www.nber.org/papers/w23609> (Belege dafür, dass Zonierungsbarrieren das Wirtschaftswachstum stark verlangsamt und arme Arbeitskräfte von Beschäftigungsmöglichkeiten abgeschnitten haben). Für einen Überblick über die Nachweise siehe *Glaeser*, oben Anmerkung 19.

²¹ Für eine Beschreibung des Falls China siehe *Pritchett/Qiao*, Exclusionary Megacities, 91 Southern California Law Review (erscheint 2018), abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3000724.

²² Siehe z.B. *Sen*, Development As Freedom, 1999, 92 ("[D]er Ausbau der menschlichen Fähigkeiten geht tendenziell auch mit einer Ausweitung der Produktivität und Ertragskraft einher. Diese Verbindung stellt eine wichtige indirekte Verbindung her, durch die die Verbesserung der Fähigkeiten sowohl direkt als auch indirekt dazu beiträgt, das Leben der Menschen zu bereichern und menschliche Entbehrungen seltener und weniger akut zu machen").

genes Wohlergehen zu tun".²³ Hardin stellt fest, dass "wenn meine Stimme wertlos ist..., diese Wahlfreiheit ungefähr so wertvoll ist wie die Freiheit, darüber abzustimmen, ob die Sonne morgen aufgeht."²⁴

Es stimmt nicht, dass die Freiheit, bei politischen Wahlen eine Stimme abzugeben, völlig wertlos ist. Zumindest ex ante besteht eine sehr geringe Chance, dass sie für einen Wahlausgang entscheidend ist. Und wenn dieses Szenario tatsächlich eintritt, könnte eine Einzelstimme großen Wert haben.²⁵ Dies ist wohl ein ausreichender Grund, um die Wahl als instrumentell rational zu sehen, solange die Kosten der Wahl niedrig sind.²⁶ Aber eine Form der Freiheit, die nicht völlig wertlos ist, kann immer noch weit unterlegen sein gegenüber einer anderen Form, die bedeutungsvollere Wahlen ermöglicht.

Ein kleiner Prozentsatz der Bevölkerung hat die Möglichkeit, politische Ergebnisse durch andere Mittel als Abstimmungen zu beeinflussen. Zum Beispiel können einige dies durch Lobbyarbeit, Kampagnenbeiträge oder dadurch tun, dass sie einflussreiche politischer Aktivisten oder Führer werden.²⁷ Allerdings haben nur sehr wenige tatsächlich mehr als eine minimale Chance, die öffentliche politische Richtung durch diese Mechanismen zu beeinflussen. Ihre effektive Nutzung erfordert in der Regel Zeit, Fähigkeiten und Ressourcen, über die die meisten Bürgerinnen und Bürger nicht verfügen.²⁸ Darüber hinaus schmälert sie die Macht der übrigen Bevölkerung nur noch weiter, wenn einige wenige Menschen auf diese Weise einen unverhältnismäßigen politischen Einfluss ausüben.²⁹

2. Fehlender Anreiz, eine fundierte Entscheidung zu treffen

Viele normative Auffassungen von Freiheit erfordern für deren effektive Ausübung eine vernünftig informierte Entscheidung, sowie eine echte Chance, etwas zu bewirken. Medizinethiker sind beispielsweise der Meinung, dass Ärzte in der Regel keine Operationen durchführen sollten, wenn sie nicht vorher die Einwilligung des Patienten eingeholt haben.³⁰ Wie es der *American Medical Association Code of Medical Ethics* ausdrückt, "kann das Selbstbestimmungsrecht des Patienten nur dann wirksam ausgeübt werden, wenn der Patient über genügend Informationen verfügt,

um eine informierte Entscheidung zu ermöglichen".³¹ Wie medizinische Entscheidungen sind auch politische Entscheidungen oft buchstäblich eine Frage von Leben und Tod. Für Millionen von Menschen könnte das Ergebnis einer Wahl den Unterschied zwischen Krieg und Frieden, Reichtum und Armut oder Krankheit und Gesundheit ausmachen.

Leider schafft die geringe Wahrscheinlichkeit, bei einer Wahl den Unterschied zu machen, auch starke Anreize für die Wähler, schlecht informierte Entscheidungen zu treffen. Gerade weil es nur eine so geringe Chance gibt, dass ihre Stimme zählt, haben die Wähler starke Anreize, rational unwissend zu sein.³² Das Phänomen der rationalen Unwissenheit betrifft die Wähler in den USA und weltweit.³³ Es betrifft praktisch alle Demokratien, für die wir relevante Umfragedaten haben.³⁴ Diese Unwissenheit mindert die Qualität der politischen Entscheidungsfindung und hemmt die Entwicklung.³⁵

Umfragedaten zeigen, dass es den Wählern oft sogar an sehr grundlegenden Kenntnissen über die Kandidaten und politischen Fragen mangelt, um die es bei einer Wahl geht.³⁶ Während der *midterm election* 2014 in den USA, die sich auf die Kontrolle des Kongresses konzentrierte, zeigten Umfragen, dass nur achtunddreißig Prozent der Öffentlichkeit wussten, welche Partei das Repräsentantenhaus vor der Wahl kontrollierte, und der gleiche Prozentsatz wusste, welche Partei den Senat kontrollierte.³⁷ Die Wähler haben auch oft wenige Kenntnisse darüber, wie die Regierung ihr Geld ausgibt oder welche Amtsinhaber für welche Fragen verantwortlich sind.³⁸

Abgesehen davon, dass die Wähler nur sehr wenige Informationen erhalten, haben sie wenig Anreiz, das, was sie lernen, konsistent und unvoreingenommen zu analysieren.³⁹ Im Gegenteil haben die meisten starke Anreize, der rationalen Irrationalität zum Opfer zu fallen: Wenn es nur wenige oder keine negativen Konsequenzen für Fehler gibt, ist es rational, fast alle Anstrengungen zu unterlassen, um eigene Vorurteile

²³ Hardin, *How Do You Know? The Economics Of Ordinary Knowledge*, 2009, 93.

²⁴ Id.

²⁵ Somin, *Democracy And Political Ignorance: Why Smaller Government Is Smarter*, 2. Auflage 2016, 80 [im Folgenden *Somin, Democracy And Political Ignorance*].

²⁶ Für eine ausführliche Diskussion siehe id. bei 79-84; siehe auch *Parfit, Reasons And Persons*, 1984, 73-75 (mit der Begründung, dass eine extrem geringe Chance, ein bestimmtes Ergebnis zu erreichen, eine rationale und moralische Bedeutung hat, wenn dieses Ergebnis eine große Anzahl von Menschen betrifft).

²⁷ *Verba et Al., Voice And Equality*, 1995, 42.

²⁸ Siehe z.B. id. bei 186 (beschreibt, wie politische Einflussnahme durch Mechanismen jenseits der Stimmabgabe nur von einer kleinen Minderheit der Bevölkerung wahrgenommen wird).

²⁹ Id.

³⁰ *Opinion 8.08-Informed Consent*, 14 *American Medical Association Journal of Ethics* (2012) 555, 555, abrufbar unter: <http://journalofethics.ama-assn.org/2012/07/pdf/coet1-1207.pdf>.

³¹ Id.

³² Somin, *Rational Ignorance*, in *Routledge International Handbook Of Ignorance Studies*, 2015, 274, 277, hrsg. Von *Gross/McGoey*. Die Theorie der rationalen Wählerunwissenheit wurde erstmals in *Downs, An Economic Theory Of Democracy*, 1957, 238-59 entwickelt.

³³ Siehe *Perceptions Are Not Reality: Things the World Gets Wrong*, IPSOS MORI (28. Oktober 2014), abrufbar unter: <https://www.ipsos-mori.com/researchpublications/researcharchive/3466/Perceptions-are-not-reality-Things-the-world-gets-wrong.aspx> (Diskussion von Umfragedaten, die weit verbreitete öffentliche Unwissenheit in zahlreichen Demokratien zeigen).

³⁴ Für eine aktuelle vergleichende Analyse von Ungenauigkeiten in der öffentlichen Wahrnehmung von politischen und wirtschaftlichen Fragen in zahlreichen Demokratien siehe id.

³⁵ Siehe allgemein *Caplan, The Myth Of The Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies* (2007) (diskutiert wie Unwissenheit und Irrationalität von Wählern zu schlechten politischen Entscheidungen führen); *Somin, Democracy And Political Ignorance*, supra Fußnote 25, (diskutiert das Ausmaß und die Gefahren von politischer Unwissenheit).

³⁶ Siehe *Somin, Democracy And Political Ignorance*, oben Anmerkung 25, 17-46 (zahlreiche Studien, die die Unwissenheit der Wähler zeigen).

³⁷ Id. unter 17.

³⁸ Id. unter 17-18, 117-19.

³⁹ Siehe *Caplan*, supra Fußnote 35, bei 131-35 (Erklärung der rationalen Irrationalität im Zusammenhang mit Wahlen).

zu kontrollieren.⁴⁰

3. Die Überlegenheit der Abstimmung mit den Füßen

Die Abstimmung mit den Füßen ist der Abstimmung an der Wahlurne systematisch überlegen, sowohl was die Entscheidungsfähigkeit als auch was die Anreize zur Informationsbeschaffung betrifft.⁴¹ Sie ermöglicht dem einzelnen Entscheidungsträger eine sinnvolle Wahl. Wenn ein potenzieller Migrant entscheidet, wo er wohnt, ist es sehr wahrscheinlich, dass seine Entscheidung einen echten Einfluss auf das Ergebnis für ihn hat. Selbst diejenigen, die sich die Zustimmung eines Ehepartners oder eines anderen Familienmitglieds versichern müssen, haben in der Regel noch viel mehr Einfluss als ein durchschnittlicher Wähler in einer Wahl.

Und gerade weil ihre Entscheidungen wirklich wichtig sind, haben Fußwähler starke Anreize, sich relevante Informationen zu beschaffen und diese sinnvoll einzusetzen. Eine Person, die entscheidet, wo sie lebt oder welche Entscheidungen sie auf dem Markt und in der Zivilgesellschaft trifft, weiß, dass ihre Entscheidungen reale Konsequenzen haben, und bemüht sich in der Regel mehr um die Beschaffung relevanter Informationen.

Erhebliche empirische Belege belegen diese theoretischen Schlussfolgerungen.⁴² Experimente zeigen zum Beispiel, dass Menschen dazu neigen, politische Informationen viel einseitiger und ungenauer zu verarbeiten als ähnliche Informationen über unpolitische Themen.⁴³

Wähler können manchmal die Auswirkungen politischer Unwissenheit ausgleichen, indem sie sich auf Informationskürzel verlassen; kleine Wissensbrocken, die als Stellvertreter für größere Informationskörper dienen, die sie nicht kennen.⁴⁴ In meinem Buch *Democracy and Political Ignorance* diskutiere ich eine Vielzahl von verschiedenen Abkürzungsmechanismen im Detail und erkläre, warum sie nicht annähernd so effektiv sind, wie Befürworter behaupten.⁴⁵ In einigen Fällen machen sie die Situation sogar noch schlimmer, etwa wenn Wähler routinemäßig Amtsinhaber für Ergebnisse belohnen und bestrafen, die sie nicht verur-

sacht haben.⁴⁶ Ähnliche Schwächen weist die Behauptung auf, die Unwissenheit einzelner Wähler spiele keine Rolle, weil eine Art "Wunder der Aggregation" den Wählern ermöglicht, trotz allen Widrigkeiten eine Art kollektive Weisheit zu erlangen.⁴⁷ Hier möchte ich nur betonen, dass, selbst wenn die Wähler manchmal recht gute Entscheidungen treffen können, die Fußwähler generell viel besser sind.⁴⁸

In einigen Fällen besteht die Herausforderung sowohl für die Fußwähler als auch für die Wähler an den Wahlurnen nicht darin, bestehende Informationen effektiv zu nutzen, sondern neue Informationen zu finden, die noch niemandem bekannt sind.⁴⁹ Auch hier haben die Fußwähler im Allgemeinen bessere Anreize als die Wähler der Wahlurnen.⁵⁰ Aus dem gleichen Grund, aus dem sie starke Anreize haben, vorhandenes Wissen zu suchen und zu nutzen, werden sie auch dazu angeregt, neues relevantes Wissen zu finden.⁵¹

Wenn Fußwähler neue Informationen finden, die ihnen helfen, eine bessere Entscheidung zu treffen, wird die besser informierte Wahl wahrscheinlich einen wichtigen Unterschied in ihrem Leben machen. Im Gegensatz dazu hat eine Wählerin, die neue Informationen findet, die ihre Wahlurnenentscheidung verbessern könnten, weitaus weniger Chancen, etwas für ihre eigenen Probleme daraus zu gewinnen. Ihr besser informiertes Votum wird wohl kaum einen Unterschied bei der Wahl machen.

Wie *Charles Tiebout* in seinem klassischen Artikel über dieses Thema gezeigt hat, können die Möglichkeiten der Abstimmung mit den Füßen politische Wahlen verbessern, auch wenn die einzelnen Jurisdiktionen keine besonderen Anstrengungen unternehmen, um Migranten anzuziehen.⁵² In einer Welt, in der alle Jurisdiktionen eine Politik wählen, die ausschließlich den derzeitigen Einwohnern gefällt, kann die Abstimmung mit den Füßen die Wahl noch verbessern, indem sie potenziellen Migranten eine größere Auswahl an Optionen bietet, als sie es sonst hätten.⁵³ Selbst wenn die politische Richtung jeder Jurisdiktion ohne besonderen Bezug auf die Bedürfnisse von Migranten bestimmt wird, kann die Möglichkeit, mit den Füßen zu wählen, vielen Menschen ermöglichen, eine Regierung zu finden, die besser zu ihren Präferenzen passt.⁵⁴

Aber die Abstimmung mit den Füßen wird zu einem noch mächtigeren Mechanismus, um die Wahlmöglichkeiten zu

⁴⁰ Id. unter 74.

⁴¹ Id. bei 138-45. Für eine Diskussion der beweglichen Kosten und anderer Faktoren, die wirkungsvolle Wahlen für Fußwähler hemmen konnten, sehen Sie *Somin*, *Democracy And Political Ignorance*, supra Anmerkung 25, bei 165-76; infra Teil III.

⁴² Siehe *Somin*, *Democracy And Political Ignorance*, oben Anmerkung 25, 136-81 (Diskussion relevanter Daten und Experimente).

⁴³ Siehe z.B. *Kahan et al.*, *Motivated Numeracy and Enlightened Self-Government*, 1 *Behavioural Public Policy*, 2017, 54, 54 (Erfahrungsberichte, in denen die Probanden ihre Fähigkeit zur quantitativen Argumentation nutzten, um ihre Interpretation der Daten selektiv an das Ergebnis anzupassen, das ihren politischen Aussichten besser entspricht).

⁴⁴ Für Argumente, die tragfähig sind, siehe z.B. *Fiorina*, *Retrospective Voting In American National Elections* 1-44 (1981) (eine detaillierte Analyse der retrospektiven Abstimmung, eine wichtige Art der Informationsverknüpfung); *Lupia/Mcubbins*, *The Democratic Dilemma: Can Citizens Learn What They Need To Know?*, 1998 (Verteidigung verschiedener Abkürzungen); *Popkin*, *The Reasoning Voter*, 1991 (mit der Begründung, dass Abkürzungen wirksam sind).

⁴⁵ *Somin*, *Democracy And Political Ignorance*, supra Anmerkung 25, unter 106-35.

⁴⁶ Id. unter 117-19.

⁴⁷ Id. unter 127-34. Für eine wichtige aktuelle Verteidigung einer Version der "Wunder der Aggregationstheorie, siehe *Landemore*, *Democratic Reason: Politics, Collective Intelligence, And The Rule Of The Many*, 2013, 156-60. Für meine Kritik siehe *Somin*, *Why Political Ignorance Undermines the Wisdom of the Many*, 26 *Critical Review*, 2014, 151.

⁴⁸ Für einen Überblick über die Nachweise siehe *Somin*, *Democracy And Political Ignorance*, supra Fußnote 25, bei 148-58 (Vergleich mehrerer Beispiele, bei denen die Abstimmung mit den Füßen effektiver war als die Abstimmung in der Wahlurne).

⁴⁹ Id. unter 164-65.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Ich diskutiere dieses Thema im Detail in id.

⁵² *Tiebout*, *A Pure Theory of Local Expenditures*, 64 *Journal of Political Economy* (1956) 416, 418.

⁵³ Vgl. dazu 418 ("Je größer die Zahl der Gemeinden und je größer die Varianz unter ihnen, desto näher kommt der Konsument seiner Präferenzposition").

⁵⁴ Id.

verbessern, wenn die Regionalregierungen Anreize haben, um die Einwohner zu werben.⁵⁵ Der Wettbewerb um Steuereinnahmen führt zu einer Politik, die potenzielle Migranten, sowohl Einzelpersonen als auch Unternehmen, anspricht.⁵⁶ Das wiederum kann ihre Wahlmöglichkeiten verbessern und eine größere wirtschaftliche Entwicklung fördern.⁵⁷ Historisch gesehen gehören Beschäftigungsmöglichkeiten und ein günstiges Wirtschaftsklima zu den Hauptdeterminanten der regionalen Migration.⁵⁸

Schließlich ist es wichtig anzuerkennen, dass die Abstimmung mit den Füßen für einen Großteil der Weltbevölkerung, die unter autoritären Regimen oder schwach etablierten Demokratien lebt, der einzig mögliche Mechanismus zur Ausübung politischer Entscheidungen sein kann. *Freedom House* schätzt, dass etwa 25 Prozent der Weltbevölkerung in nicht freien und undemokratischen Nationen leben und weitere 30 Prozent in solchen, die nur teilweise frei (d.h. nur teilweise demokratisch) sind.⁵⁹

III. Ein institutionelles Design für eine Welt der Abstimmungen mit den Füßen

Die Entwicklungsvorteile der erweiterten Abstimmung mit den Füßen sind enorm. Was können Länder tun, um Institutionen zu entwerfen, um von diesen Vorteilen zu profitieren und gleichzeitig mögliche Nachteile minimieren?

Im Idealfall sollten deren Institutionen in der Lage sein, eine stark erweiterte Abstimmung mit den Füßen über nationale und internationale Zuständigkeitsgrenzen hinweg zu ermöglichen. Um die Entwicklung zu maximieren, müssen die Länder vor allem versuchen, die Wahlmöglichkeiten für die Armen und Unterdrückten der Welt zu erweitern. Hier können die größten Gewinne erzielt werden, sowohl in wirtschaftlicher als auch in anderer Hinsicht.

1. Erleichterung der inländischen Abstimmung mit den Füßen

Die Förderung der Abstimmung mit den Füßen hat eine Reihe von Auswirkungen auf staatliche Verfassungsstrukturen. Die offensichtlichste und am breitesten akzeptierte Idee ist die, dass sich die Bürger eines Nationalstaats frei zwischen den subnationalen Gerichtsbarkeiten bewegen können und dass diese nicht in der Lage sein sollten, sie daran zu hindern.⁶⁰ In den Vereinigten Staaten und anderen fortgeschrittenen Demokratien wird diese Freizügigkeit

weitgehend als selbstverständlich angesehen. Bereits 1867 kassierte der Oberste Gerichtshof der USA ein Staatsgesetz, das eine Ausreisesteuer für Personen vorsah, die in andere Staaten auswandern wollten.⁶¹

Vor dem Amerikanischen Bürgerkrieg waren staatliche Beschränkungen der Binnenmigration jedoch alles andere als ungewöhnlich, da viele Staaten freie Afroamerikaner und einige andere Kategorien von Ausländern von der Freizügigkeit ausschlossen.⁶² Heute sind Beschränkungen der Binnenmigration in armen Ländern weitaus häufiger anzutreffen. Chinas *Hukou*-System ist ein besonders bekanntes und wichtiges Beispiel, weil es so viele Menschen im bevölkerungsreichsten Land der Welt betrifft.⁶³ Aber auch Regionalregierungen in anderen Entwicklungsländern versuchen, die Migration auf unterschiedliche Weise einzuschränken. Zum Beispiel versuchen einige indische Staaten, Migranten von ethnischen Minderheiten aus anderen Teilen Indiens fernzuhalten.⁶⁴

Einige ethnonationalistische politische Führer, wie die der *Shiv Sena* Partei in Maharashtra, Indien, haben sogar Gewalt gegen Einwanderer gefördert, um sie zu vertreiben und andere von einer Zuwanderung abzuhalten.⁶⁵

Gut konzipierte Verfassungssysteme können viel dazu beitragen, die Möglichkeiten der Abstimmung mit den Füßen zu verbessern und gleichzeitig mögliche Nachteile zu minimieren.⁶⁶ Eine effektive Abstimmung mit den Füßen erfordert zumindest, dass Regionalregierungen daran gehindert werden, Einwanderer entweder gewaltsam auszuschließen oder ihre eigene Bevölkerung am Verlassen des Landes zu hindern. Sie erfordert auch die Unterdrückung von Gewalt gegen Migranten. Letzteres kann in Gebieten, in denen die rechtlichen Institutionen schwach oder korrupt und ethnische oder religiöse Feindseligkeiten zwischen Einwanderern und Einheimischen schwerwiegend sind, schwierig zu erreichen sein.

Die interne Abstimmung mit den Füßen kann durch die Durchsetzung relativ enger Grenzen für den Geltungsbereich der zentralen Regierungsgewalt zusätzlich erleichtert werden, wodurch mehr Kompetenzen auf die regionale oder lokale Ebene verlagert werden.⁶⁷ Dadurch wird sichergestellt, dass mehr Sachthemen der Abstimmung mit

⁵⁵ Für eine ausführlichere Diskussion siehe *Somin*, Foot Voting, supra Fußnote 7, at 84. Siehe auch *Somin*, Democracy And Political Ignorance, oben Anmerkung 25, 145-46.

⁵⁶ *Somin*, Democracy And Political Ignorance, oben Anmerkung 25, 145-46.

⁵⁷ Id.

⁵⁸ Siehe z.B. Teil I; vgl. *Somin*, Democracy And Political Ignorance, supra Anmerkung 25, 166-67 (die Gründe für Migrationen zwischen US-Bundesstaaten).

⁵⁹ Freiheit in der Welt 2018: Demokratie in der Krise, FREEDOM HOUSE, abrufbar unter: <https://www.freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2018> (zuletzt besucht am 29.03.18).

⁶⁰ Siehe z.B. *Somin*, Foot Voting, Political Ignorance and Constitutional Design, 28 Social Philosophy and Policy (2011), 202 (zur Diskussion dieser Notwendigkeit) [im Folgenden *Somin*, Foot Voting, Political Ignorance, and Constitutional Design].

⁶¹ *Crandall v. Nevada*, 73 U.S. 35, 49 (1867).

⁶² Siehe *Baseler*, Asylum For Mankind: America 1607-1800, um 190-309 (1998); *Neuman*, The Lost Century of American Immigration Law, (1776-1875), 93 Columbia Law Review 1833, 1841-80 (1993) (auf der Suche nach dem US-Einwanderungsgesetz im achtzehnten und neunzehnten Jahrhundert).

⁶³ Siehe Diskussion oben Teil I.

⁶⁴ Für einen aktuellen Überblick siehe *Abbas/Varma*, Internal Labor Migration in India Raises Integration Challenges for Migrants, Migration Policy Institute (03.03.14), <http://www.migrationpolicy.org/article/internal-labor-migration-india-raises-integration-challenges-migrants>. Id.; siehe auch *Banerjee*, Warriors In Politics: Hindu Nationalism, Violence, And The Shiv Sena In India (2000) 35-52 (mit ähnlichen Ausschreitungen der Shiv Sena Party in Jogeshwari, Behrampada, Dharavi und Govandi/Deonar).

⁶⁵ Dieser Abschnitt baut auf Ideen auf, die zuerst in *Somin*, Foot Voting, Political Ignorance and Constitutional Design, supra Anmerkung 60, entwickelt wurden.

⁶⁷ *Somin*, Democracy And Political Ignorance, oben Anmerkung 25, zu 167.

den Füßen mit geringeren Mobilitätskosten unterliegen.⁶⁸ In vielen Situationen können die Mobilitätskosten weiter gesenkt werden, indem die Zuständigkeit auf die lokale Ebene und nicht auf die regionalen Behörden übertragen wird. Es ist viel einfacher und billiger, von einer Stadt in eine andere zu ziehen, als in eine andere Region.

Nicht alle politischen Entscheidungen können auf untere Ebenen verlagert werden. Einige Probleme sind so groß, dass sie nur von einer nationalen Regierung oder vielleicht sogar nur durch internationale Zusammenarbeit gelöst werden können. Die globale Erwärmung ist ein Beispiel dafür.

Aber eine große Bandbreite von Kompetenzen, die derzeit von der US-Bundesregierung und anderen zentralen nationalen Regierungen ausgeübt werden, können auch von kleineren regionalen oder lokalen Regierungen übernommen werden, wie der Erfolg von kleinen Nationen wie der Schweiz, Luxemburg, Dänemark, Neuseeland und anderen zeigt.⁶⁹

Diese Länder - die kleiner sind als viele US-Bundesstaaten und sogar einige US-Städte - haben eine unabhängige Politik in den Bereichen Gesundheitsfürsorge, Bildung, soziale Sicherheit und vielen anderen Bereichen, sind jedoch relativ gut aufgestellt und scheinen nicht unter einer unzureichenden Größe zu leiden.⁷⁰ Eine systematischere Forschung zeigt auch, dass größere Demokratien im Allgemeinen nicht besser abschneiden als kleinere, was darauf hindeutet, dass Größe kein Vorteil ist, zumindest nicht für die Bewältigung der meisten Probleme.⁷¹

Die optimale Machtverteilung zwischen den verschiedenen Regierungsebenen lässt sich nicht allein anhand der Abstimmung mit den Füßen bestimmen, sondern es müssen auch eine Vielzahl anderer Faktoren abgewogen werden. Aber die Verbesserung der Möglichkeiten für Abstimmungen mit den Füßen ist eine wichtige Überlegung zugunsten einer stärkeren Dezentralisierung.

Die Abstimmung mit den Füßen kann auch durch politische Institutionen verstärkt werden, die eher Wettbewerbsföderalismus als den kooperativen Föderalismus fördern.⁷² Wenn regionale und lokale Regierungen verpflichtet sind, alle oder den größten Teil ihrer eigenen Mittel durch die Besteuerung ihrer eigenen Einwohner aufzubringen, wie im Modell des Wettbewerbsföderalismus, werden sie stärkere Anreize haben, Maßnahmen zu ergreifen, potenziellen Migranten attraktive Optionen bieten, um ihre Einnahmen zu steigern.⁷³ Im Gegensatz dazu untergräbt der kooperierende Föderalismus, bei dem die Regierungen der unteren

Ebene die gesamte oder den größten Teil ihrer Mittel von der Zentralregierung erhalten, Anreize für eine wirksame Politik, die die eigene Entwicklung fördert.⁷⁴

In manchen Situationen besteht die Gefahr, dass der Wettbewerb zum *race to the bottom* führt, bei dem die Jurisdiktionen versuchen, Unternehmen auf eine Art und Weise zu gewinnen, die den Bürgern schadet: zum Beispiel, indem sie es den Unternehmen erlauben, Maßnahmen zu ergreifen, die der Umwelt schaden.⁷⁵ Allerdings werden die Bedenken des Wettlaufs nach unten sowohl aus theoretischen als auch aus empirischen Gründen stark überbewertet.⁷⁶

Das theoretische Manko des Arguments des *race to the bottom* ist, dass rationale einkommensorientierte Jurisdiktionen sich nicht nur darauf konzentrieren müssen, Unternehmen anzuziehen, sondern auch Arbeitnehmer und andere Steuerzahler, von denen sich viele um die Umweltqualität und andere ähnliche Fragen der Lebensqualität sorgen.⁷⁷ Diese Präferenzen werden auch oft von Geschäftsinteressen geteilt, die versuchen, solche Arbeitnehmer, insbesondere hochqualifizierte, einzustellen, wenn auch nur deshalb, weil sie höhere Löhne zahlen müssten, um solche Arbeitnehmer an Orte mit schlechten Umwelteigenschaften zu locken.⁷⁸ Wohlhabendere Arbeitnehmer und Steuerzahler (die Regierungen sind oft besonders darauf bedacht, sie anzuziehen) sind besonders wahrscheinlich bereit, zusätzliche Einnahmen für die Umweltqualität zu opfern.⁷⁹ Empirisch gesehen haben subnationale Regierungen oft schneller Formen des Umweltschutzes eingeführt als Zentralregierungen und scheinen potenzielle Umweltverschmutzer nicht systematisch auf Kosten anderer potenzieller Einwanderer zu begünstigen.⁸⁰

conomic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development, 11 Journal of Law, Economics & Organisation (1995) 1 (Erörterung der Vorteile des Wettbewerbsföderalismus für die Entwicklung).

⁷⁴ Siehe Weingast, oben Anmerkung 73.

⁷⁵ Für eine Zusammenfassung und Verteidigung der Race-to-the-Bottom-Theorie siehe Engel, State Environmental Standard-Setting: GIs There A "Race" and Is It "To The Bottom?," 48 Hastings Law Journal (1997) 274, 274-369. Für andere moderne Verteidigungen, siehe zum Beispiel Engel/Saleska, Facts are Stubborn Things: An Empirical Reality Check in the Theoretical Debate Over the Race-to-the-Bottom in State Environmental Standard-Setting, 8 Cornell Journal of Law & Public Policy (1998), 55; Sarnoff, The Continuing Imperative (But Only from a National Perspective) for Federal Environmental Protection, 7 Duke Environmental Law & Policy Forum (1997) 225.

⁷⁶ Für führende theoretische Kritiken siehe Revesz, The Race to the Bottom and Federal Environmental Regulation: A Response to Critics, 82 Minnesota Law Review (1997), 535 (als Antwort auf Kritiker und zur Verteidigung seiner früheren Herausforderung der Race-to-the-Bottom-Argumente)[nachstehend Revesz, The Race to the Bottom]; Revesz, Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race-to-the-Bottom Rationale for Federal Environmental Regulation, 67 New York University Law Review (1992), 1210 (Hinterfragung der Stärke der Race-to-the-Bottom-Argumente).

⁷⁷ Siehe Revesz, The Race to the Bottom, oben Anmerkung 76, bei 538-40. Ich diskutiere diese Fragen ausführlicher in Somin, Democracy And Political Ignorance, oben Anmerkung 25, unter 168-69.

⁷⁸ Siehe Somin, Democracy And Political Ignorance, oben Anmerkung 25, unter 168-69.

⁷⁹ Für eine Zusammenfassung der relevanten Nachweise zu diesem Punkt siehe Somin/Adler, The Green Costs of Kelo: Economic Development Takings and Environmental Protection, 84 Washington University Law Review (2006) 623, 663-65.

⁸⁰ Siehe Somin, Democracy And Political Ignorance, supra Anmerkung 25, unter 168-69 (unter Berufung auf relevante Studien).

⁶⁸ Siehe Somin, Foot Voting, Political Ignorance, and Constitutional Design, supra Anmerkung 60, at 221-23; siehe auch Somin, Democracy And Political Ignorance, supra Anmerkung 25, unter 167.

⁶⁹ Siehe Somin, Democracy And Political Ignorance, oben Anmerkung 25, 227-28 (über die Fähigkeit der kleinen Länder, erfolgreich mit diesen Kompetenzen umzugehen).

⁷⁰ Id.

⁷¹ Siehe allgemein Dahl/Tufte, Size And Democracy (1973) (mit einer grundlegenden Diskussion des Themas).

⁷² Für eine Diskussion des Wettbewerbs- und Kooperationsföderalismus siehe z.B. Dye, American Federalism: Competition Among Governments (1990) 1-33.

⁷³ Siehe z.B. Somin, Foot Voting, supra Anmerkung 7; Weingast, The Eco-

Dies bedeutet nicht, dass subnationale Regierungen immun sind gegen den Einfluss von Geschäftsinteressen, die sich für übermäßige Umweltverschmutzung oder andere politische Entscheidungen einsetzen könnten, die es ihnen ermöglichen, auf Kosten der Interessen der Allgemeinheit zu profitieren. Weit gefehlt.⁸¹ Aber es gibt keinen Grund, warum eine solche Einflussnahme auf lokaler und regionaler Ebene gefährlicher sein sollte als bei Zentralregierungen. Die Möglichkeit der Abstimmung mit den Füßen stellt auch Einschränkungen für solche Profitsuchenden dar, da besonders anfällige Jurisdiktionen mit der Zeit Investoren und Steuerzahler verlieren können.⁸²

In den vielen föderalen Systemen, in denen Minderheiten in einigen Regionen die Mehrheit bilden, haben Abstimmungen mit den Füßen diesen weniger zu bieten, wenn sie anderswo weithin verachtet werden. Viele föderale Systeme wurden eingerichtet, um regional konzentrierten Minderheiten eine eigene Rechtsprechung zu geben und damit ethnische Konflikte zu mildern.⁸³ In solchen Situationen kann es für Einzelpersonen schwierig oder sogar unmöglich sein, in eine von einer anderen ethnischen Gruppe dominierte Region zu ziehen.

Beispielsweise könnte ein irakischer Kurde, der in eine mehrheitlich arabische Provinz zieht, vernünftigerweise Gewalt oder zumindest Diskriminierung befürchten. Selbst wenn es keine offene Feindseligkeit gibt, könnten solche Minderheitengruppen mit schmerzhaften kulturellen und sprachlichen Anpassungen konfrontiert werden, wenn sie aus ihren Heimatregionen auswandern. Ein Französisch-Kanadier, der von Quebec nach Alberta zieht, wird kaum ethnischer Gewalt oder gar Diskriminierung ausgesetzt sein. Dennoch könnte der Umzug in eine mehrheitlich anglophone Provinz eine schwierige Entscheidung mit erheblichen Mobilitätskosten sein.

Nichtsdestotrotz ist die Abstimmung mit den Füßen unter solchen Bedingungen immer noch potenziell nützlich. Ein entsprechendes föderales System kann – und sollte – mehrere Minderheits-Bezirke umfassen, zwischen denen die Minderheiten dann wählen können.⁸⁴ Beispielsweise kann die französischsprachige Minderheit in der Schweiz zwischen mehreren französischen Mehrheits-Kantonen wählen. Ebenso hat der Irak drei mehrheitlich kurdische Provinzen, wenn auch teilweise unter der kurdischen Regionalregierung

vereint.⁸⁵

Wo es nur eine Mehrheits-Minderheitsregion gibt, lohnt es sich, über die Möglichkeit nachzudenken, sie in mehrere Jurisdiktionen aufzuteilen. Französisch-Kanadier würden wahrscheinlich eine breitere Palette von Möglichkeiten der Abstimmung mit den Füßen genießen, wenn Quebec in mehrere kleinere Provinzen aufgeteilt würde, anstatt eine große zu bleiben.

Ich schlage nicht vor, dass eine für Minderheiten bestimmte politische Einheit zwangsläufig geteilt werden muss, um die Abstimmung mit den Füßen zu erleichtern; auch andere Überlegungen müssten abgewogen werden, bevor man zu diesem Schluss kommt. Aber die Vorteile von Aufteilungen im Rahmen der Abstimmung mit den Füßen sollten nicht vernachlässigt werden.

Solche Regelungen können auch regional konzentrierten Minderheiten eine gewisse Wahlmöglichkeit lassen. Diese Auswahl kann noch weiter ausgebaut werden, wenn mehr Macht auf die lokalen Regierungen und nicht nur auf die regionalen übertragen wird. Selbst wenn es unmöglich ist, mehr als eine Mehrheitsregierung zu bilden, kann diese Region viele lokale Regierungen haben, die potentiell miteinander konkurrieren könnten.

2. Erleichterung der internationalen Migration

Einige der größten potenziellen Vorteile, die sich aus der Ausweitung der Abstimmung mit den Füßen ergeben, sind diejenigen, die sich aus der Liberalisierung der internationalen Migration ergeben.⁸⁶ Der Unterschied zwischen dem Leben in einer armen und einer weiter entwickelten Nation überwiegt aus Sicht der wirtschaftlichen Entwicklung und einer Vielzahl nichtwirtschaftlicher Interessen bei weitem den Unterschied zwischen dem Leben in der schlimmsten und der besten Region einer fortschrittlichen Nation. Man kann aber auch sagen, dass die internationale Abstimmung mit den Füßen auf eine stärkere, breitere und lautere Opposition trifft als die interne Abstimmung mit den Füßen. Sowohl in den Vereinigten Staaten als auch in vielen europäischen Ländern sind starke nationalistische Bewegungen entstanden, die sich nicht nur gegen zunehmende Immigration aussprechen, sondern sich auch dafür einsetzen, sie stark zu reduzieren.⁸⁷

Dieser Widerstand wird nicht leicht zu überwinden sein. Aber die enormen Vorteile, die sich aus den erweiterten Migrationsrechten ergeben, machen den Versuch, es dennoch zu versuchen, unumgänglich. Eine steigende Zunahme der internationalen Abstimmungen mit den Füßen kann Millionen von Menschen vor einem Leben in Armut und

⁸¹ Für einige Beispiele einer solchen Einflussnahme, die zum Teil durch Fehlinformationen verursacht wurde, siehe allgemein *Schultz*, *American Politics In The Age Of Ignorance: Why Lawmakers Choose Belief Over Research*, 2013, 108-13 (Beispiele von Staaten in den Vereinigten Staaten, die Opfer der Gefangennahme von Interessengruppen geworden sind, oft aufgrund von Fehlinformationen).

⁸² Für eine Diskussion darüber, wie Abstimmung mit den Füßen Korruption einschränkt, siehe *Parikh/Weingast*, *A Comparative Theory of Federalism: India*, 83 *Virginia Law Review* (1997), 1593, 1604-06 (Analyse Indiens durch ein vergleichendes föderales Leistungsmodell, um die Leistungsfähigkeit des Systems und die Auswirkungen der Korruption in Indien zu untersuchen).

⁸³ Siehe allgemein *Branconi*, *Peace By Design: Managing Intra-State Conflict By Decentralization*, 2009 (Diskussion vieler solcher Beispiele aus der ganzen Welt).

⁸⁴ Für weitere mögliche Vorteile eines solchen Systems siehe *Horowitz*, *The Many Uses of Federalism*, 55 *Drake Law Review*, 2007, 953, 958-62.

⁸⁵ Für eine Diskussion der kurdischen Regierung siehe allgemein *Mansfield*, *The Miracle Of The Kurds: A Remarkable Story Of Hope Reborn In Northern Iraq*, 2014).

⁸⁶ Siehe Diskussion *supra* Teil I.

⁸⁷ Siehe *Inglehart/Norris*, *Trump, Brexit and the Rise of Populisms: Economic Have-Nots and Cultural Backlash* (Harvard Uni. Kennedy Sch., Working Paper No. RWP16-026, Nov. 2016), abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2818659; *Conor Friedersdorf*, *What Right-Wing Populist Movements Share: Blaming Immigrants*, *ATLANTIC* (29. Juni 2017), <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/06/what-right-wing-populistische-Bewegungen-schuldigen-Immigranten/532023>.

Unterdrückung retten. Im 19. Jahrhundert konnten viele Millionen arme und unterdrückte Menschen in relativ freie Gesellschaften mit größeren Möglichkeiten, wie die Vereinigten Staaten, Kanada und Australien abwandern, was zu einem großen Teil den nur geringfügigen Migrationshindernissen während dieser Zeit zu verdanken ist.⁸⁸ Wenn die Grenzkontrollen reduziert werden, erleichtern die niedrigeren Transportkosten, die durch moderne Technologien verursacht werden, solche Bewegungen heute.

Viele Einwände wurden gegen die Idee einer starken Ausweitung der internationalen Migrationsrechte erhoben.⁸⁹ Dazu gehören Befürchtungen, dass sie die Kriminalität und den Terrorismus erhöhen, die Löhne der Einheimischen senken,⁹⁰ den Wohlfahrtsstaat überfordern, die Verabschiedung schädlicher politischer Entscheidungen, die von den Wählern der Einwanderer unterstützt werden, verursachen und zur Verbreitung gefährlicher kultureller Werte führen.⁹¹ Ich kann diese Einwände hier nicht im Detail überprüfen und bewerten. Aber es ist möglich, einen allgemeinen Rahmen zu entwerfen, um sie anzusprechen.

Erstens sind viele der Standardeinwände gegen die freie internationale Migration deutlich übertrieben. Z.B. zeigt der vorhandene Beweis an, dass erhöhte Immigration nicht zu Zunahmen der Pro-Kopf-Wohlfahrtsausgaben führt.⁹² Zumindest in den Vereinigten Staaten haben Immigranten tatsächlich eine viel niedrigere Verbrechensrate als gebürtige Bürger.⁹³ Die Gefahr, dass ein Amerikaner durch einen Immigrantenterroristen getötet wird, so infinitesimal klein, dass sie mehrmals niedriger als die Gefahr ist, dass er oder sie durch einen Blitzschlag getötet werden.⁹⁴

Wo Zuwanderung zu echten Problemen und negativen Nebenwirkungen führt, ist es oft möglich, das Problem mit Schlüssellocklösungen zu lösen, die das Risiko minimieren,

ohne eine große Zahl von Zuwanderern zu behindern.⁹⁵ Wenn beispielsweise die Zuwanderung dem Wohlfahrtsstaat übermäßige Belastungen auferlegt, könnten die Aufnahme-länder die Sozialleistungen für Migranten abschaffen oder reduzieren.⁹⁶ Zuwanderer von Sozialleistungen auszuschließen könnte ungerecht sein, ist es aber sicherlich weniger, als sie zu zwingen, den weitaus größeren materiellen Mangel zu ertragen, für den Rest ihres Lebens in einem unterentwickelten Land zur Armut verurteilt zu sein. Wenn die Gefahr besteht, dass Wähler mit Migrationshintergrund die Regierungspolitik in eine schädliche oder ungerechte Richtung lenken, besteht die Lösung darin, die Berechtigung für das Wahlrecht an voraussetzungsvollere Bedingungen zu knüpfen.

In den Vereinigten Staaten zum Beispiel können Immigranten nur dann Bürger werden, wenn sie fünf Jahre lang im Land gelebt haben, die englische Sprache beherrschen und einen staatsbürgerlichen Test bestehen, bei dem viele gebürtige Bürger scheitern würden.⁹⁷ Wenn nötig, können solche Standards noch verschärft werden. Tests können härter werden, Einbürgerungszeiten können verlängert werden und so weiter. Regierungen können sowohl die Freizügigkeit erleichtern als auch neuen Einwanderern erschweren, Bürger zu werden oder bestimmte andere Arten von Rechten zu erwerben.⁹⁸

Langfristiger Ausschluss vom Wahlrecht kann für Einwanderer ungerecht sein. Aber es ist weniger ungerecht, als sie vollständig aus dem Land auszuschließen, was die meisten zu einem Leben voller Armut und Unterdrückung verurteilen würde. In den meisten Fällen haben die potentiellen Einwanderer auch wenig oder gar keinen Einfluss auf die öffentliche Ordnung. Dies gilt insbesondere für die vielen Nationen, die autoritäre Regierungen haben oder nur teilweise demokratisch sind.

Wo andere Schlüssellocklösungen unzulänglich sein könnten, sollten die politischen Entscheidungsträger auch erwägen, den enormen Reichtum der Einwanderung zu nutzen, um negative Nebenwirkungen abzumildern, die nicht auf andere Weise angegangen werden können. Wenn zum Beispiel die Einwanderung die Löhne der einheimischen gering qualifizierten Arbeitskräfte nach unten treibt und dies als moralisch inakzeptables Ergebnis betrachtet wird, können die nationalen Regierungen eine zusätzliche Steuer auf die Einkommen der zuletzt Eingewanderten Einwanderer erheben und den Reichtum auf die einheimischen Arbeitskräfte umverteilen, deren Löhne unter Druck geraten sind.⁹⁹

Wie der Ausschluss von Sozialleistungen und Wahlrecht kann eine solche diskriminierende Besteuerung ungerecht

⁸⁸ Für einen Überblick siehe *Livi-Bacci, A Short History Of Migration* 46-57, 2012.

⁸⁹ Ich plane, diese Bedenken in *Somin, Free To Move*, oben Anmerkung 2, noch ausführlicher zu diskutieren.

⁹⁰ Siehe z.B. *Borjas*, oben Anmerkung 16, 79-148; *Cafaro*, *How Many Is Too Many? The Progressive Argument For Reducing Immigration Into The United States*, 2015, 33-54 (mit der Behauptung, dass billige Arbeitsmigranten Löhne und Leistungen für Einheimische senken und die Armen unverhältnismäßig stark beeinträchtigen).

⁹¹ Siehe z.B. *Huntington, Who Are We? The Challenges To America's National Identity*, 2004, 141-294 (mit der Behauptung, dass die Einwanderung die amerikanische Identität und Werte bedroht).

⁹² Siehe z.B. *Alesina/Glaeser, Fighting Poverty In The Us And Europe: A World Of Difference*, 2004 (was darauf hindeutet, dass europäische Nationen mit größerer Einwanderung tatsächlich geringere Sozialausgaben haben als solche mit mehr); *Gochenour/Nowrasteh, The Political Externalities of Immigration: Evidence from the United States* (Cato Inst., Working Paper No. 14, Jan. 2014), <http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/working-paper-14-3.pdf> (mit Nachweisen aus den amerikanischen Staaten).

⁹³ Eine Übersicht über die relevanten Studien und Nachweise finden Sie unter *Waters/Pineau*, National Academy of Science, *The Integration Of Immigrants Into American Society*, 2015, 326-44.

⁹⁴ Nach Angaben des National Weather Service wurden von 2006 bis 2015 jährlich durchschnittlich 31 Amerikaner durch Blitzschlag getötet. *How Dangerous is Lightning*, NOAA, abrufbar unter: <http://origin-www.nws.noaa.gov/om/lightning/odds.shtml> (zuletzt besucht am 29. März 2018). Im Gegensatz dazu ist die jährliche Todesrate von Immigranten-Terroristen weitaus geringer. Siehe Alex Nowrasteh, *Terrorism and Immigration: Eine Risikoanalyse*, Cato Institute (13.09.16), <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/terrorism-immigration-risk-analysis>.

⁹⁵ Für Beispiele solcher Vorschläge siehe *Caplan, Why Should We Restrict Immigration*, 32 *Cato Journal* (2012) 5. Ich werde mehr solcher Ideen in *Somin, Free To Move*, oben Anmerkung 2 umreißen.

⁹⁶ Vgl. *Ruhs, The Price Of Rights: Regulating International Labor Migration*, 2013 (mit dem Argument, dass die Einschränkung der sozialen Rechte von Arbeitsmigranten eine verstärkte Migration ermöglichen kann).

⁹⁷ *Somin, Democracy And Political Ignorance*, supra Anmerkung 25, unter 212.

⁹⁸ Siehe allgemein *Ruhs*, oben Anmerkung 96 (über eine Vielzahl solcher Politikoptionen).

⁹⁹ Siehe *Caplan*, oben Anmerkung 95, unter 9.

sein. Aber wie andere Schlüssellochlösungen, lässt sie die Immigranten immer noch viel besser dastehen, als sie es würden, wenn sie ganz aus dem Land ausgeschlossen würden. In einem Land, in dem eine Einwanderin dreimal so viel verdient wie in ihrem Heimatland, geht es ihr immer noch viel besser als sonst.

Wenn die Einwanderung zu einem Anstieg der Kriminalität führt, können die Steuereinnahmen, die durch den von ihr geschaffenen Reichtum generiert werden, zur Finanzierung zusätzlicher Polizeikräfte und anderer Instrumente der Strafverfolgung verwendet werden, die die Kriminalität wieder senken können.¹⁰⁰ Die Senkung der Migrationsbarrieren kann das Welt-BIP potenziell verdoppeln.¹⁰¹ Ein Teil dieses neuen Reichtums könnte genutzt werden, um mögliche negative Nebeneffekte der Migration zu mildern, während er dennoch große Gewinne sowohl für Einwanderer als auch für Einheimische ermöglicht.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass verständliche Einwände gegen erweiterte Migration durch eine Kombination aus einer Beurteilung, ob die Bedenken übertrieben sind, der Implementierung von Schlüssellochlösungen und – wo nötig – der Erschließung des durch die Einwanderung geschaffenen Reichtums zur Milderung negativer Nebenwirkungen und zur Kompensation benachteiligter Einheimischer angegangen werden sollten. Diese Strategien sind nicht immer durchführbar. Vielleicht gibt es immer noch extreme Situationen, in denen Migrationsbeschränkungen der einzig mögliche Weg sind, um großen Schaden zu verhindern.¹⁰² Aber sie können zumindest eine weitaus freiere Migration ermöglichen, als es derzeit möglich ist.

Vielleicht ist diese Einschätzung zu optimistisch, und die Schlüssellochpolitik kann nur einen bescheidenen Anstieg der Migration ermöglichen. Aber selbst ein solcher bescheidener Anstieg kann die Entwicklung noch erheblich fördern und Millionen von Menschen von Tyrannei und Entbehrung befreien.

Abschluss

Für viele der ärmsten und am stärksten unterdrückten Menschen der Welt führt der wahrscheinlichste Weg zu wirtschaftlicher Entwicklung und politischer Freiheit über Abstimmungen mit den Füßen. Die Erleichterung der Abstimmung mit den Füßen kann auch viel Positives für die relativ benachteiligten Bewohner der fortgeschritteneren Nationen bewirken. Außerdem ist sie oft ein besserer Mechanismus für die Entscheidungsfindung als die herkömmliche Wahlurne.

Es wird nicht einfach sein, die vielen Hindernisse zu überwinden, die einer Ausweitung der Möglichkeiten mit den Füßen abzustimmen im Wege stehen, insbesondere im Hinblick auf die internationale Migration. Fortschritte auf dem Weg zu diesem Ziel dürften nur stufenweise zu erreichen sein. Aber

auch begrenzte Liberalisierungen der Einwanderung können einen enormen Unterschied bewirken.

¹⁰⁰ Ich werde diesen Vorschlag in *Somin, Free To Move*, supra Anmerkung 2 näher ausführen.

¹⁰¹ Siehe *Clemens*, supra Anmerkung 15, unter 84-89.

¹⁰² Ich werde einige dieser möglichen Szenarien in *Somin, Free To Move*, oben Anmerkung 2 betrachten.

Jakob Rehder*

Politische Bildung als Ziel der Rundfunkregulierung

A. Einführung

Hat sich der Rundfunk zum „Medium und Faktor seiner Verdummung und kommunikativen Verwahrlosung“¹ entwickelt? Der Eindruck liegt nicht fern, scheinen doch Casting-Shows oder Unterhaltungssendungen wie „Big Brother“ – anstelle von kulturell und politisch bildenden Formaten – die Rundfunkprogramme zu dominieren. Im Kampf um Publikum und Reichweite droht in den Hintergrund zu treten, was das BVerfG in ständiger Rechtsprechung betont: Die demokratische Funktion des Rundfunks für die öffentliche (politische) Meinungsbildung.²

Die politische Meinungsbildung erfordert insbesondere sachliche Informationen. Je weniger Rundfunkprogramme sachliche Informationen bereitstellen, desto eher verlieren diese Informationen im politischen Diskurs an Bedeutung – desto eher droht die Gefahr, nicht sachliche, sondern „gefühlte Wahrheiten“ zur Meinungsgrundlage werden zu lassen. Gefühlte Wahrheiten sind immer öfter Gegenstand der politischen Berichterstattung, beispielsweise im Kontext der Flüchtlingskrise oder der Wahl Donald Trumps zum US-Präsidenten.³ Es besteht die Sorge, Fakten spielten keine Rolle mehr. Schlagwortartig werden diese Tendenzen als „postfaktisch“ bezeichnet.

Ohne Fakten als Grundlage droht der politische Diskurs zu verarmen, aber auch manipuliert zu werden. Ein nur unterhaltender Rundfunk scheint dagegen nicht viel ausrichten zu können. Vor dem Hintergrund der demokratischen Funktion des Rundfunks aber auch aufgrund jüngster Reformbemühungen, den öffentlich-rechtlichen Rundfunk als solchen abzuschaffen,⁴ stellt sich die Frage, inwieweit Rundfunkprogramme ihr Publikum (politisch) bilden sollten. Diese Frage steht im Zentrum des vorliegenden Beitrags. Sein Ziel ist es, politische Bildung als Regulierungsziel im privaten und öffentlich-rechtlichen Rundfunk zu untersuchen.

Erstens soll anhand der prägenden verfassungspolitischen Paradigmen analysiert werden, inwieweit dieses Regulierungsziel rechtlich und praktisch verankert ist (B.). Zweitens soll ermittelt werden, inwieweit postfaktische Tendenzen dieses Regulierungsziel beeinflussen (C.), wobei folgende Fragen im Mittelpunkt stehen: Was beschreiben postfaktische Tendenzen? Inwieweit sind sie rechtlich problematisch? Was sind mögliche Ursachen? Daran anknüpfend werden die Ergebnisse bewertet (D.) und zukünftige Reformperspekti-

ven skizziert (E.).

B. Politische Bildung als Ziel der Rundfunkregulierung

I. Konzeptioneller Ursprung

Die Rundfunkordnung nach dem Grundgesetz lässt sich als eine bewusste Reaktion auf das Dritte Reich verstehen.⁵ In der Nachkriegszeit wurde sie staatsfern, aber mit öffentlich-rechtlicher Rechtsstruktur als *Public Service* organisiert.⁶ Aus dem Public-Service-Modell ergibt sich politische Bildung als Regulierungsziel (im Folgenden: Bildungsauftrag).⁷ Denn im Zentrum der Rundfunkfreiheit steht die Gewährleistung einer freiheitlichen gesellschaftlichen politischen Meinungsbildung. Nach dem BVerfG kommt dem Rundfunk dabei im Gegensatz zur Presse eine besondere Bedeutung zu: Er ist aufgrund seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft „mehr als nur ‚Medium‘ der öffentlichen Meinungsbildung; er ist ein eminenter ‚Faktor‘ der öffentlichen Meinungsbildung.“⁸

1. Demokratische Bedeutung des Bildungsauftrags

Gesetzliche Regelungen müssen deshalb neben möglichst breiter und vollständiger Meinungsvielfalt auch umfassende Information gewährleisten.⁹ Denn Grundlage jeder Individualität ist Wissen und Information: Eine Demokratie fußt auf dem Wissen und der Urteilskraft ihrer Bürger.¹⁰ Die von der Rundfunkfreiheit geschützte Meinungsbildung umfasst neben politischen auch kulturelle Bereiche.¹¹ Kulturbeiträge vermitteln Wissen und Werte, die für die Mündigkeit eines Bürgers grundlegend sind.¹² So wird im Rundfunk neben der Schulbildung das wichtigste Mittel zur Kulturverbreitung gesehen.¹³ Damit besitzt der Bildungsauftrag auch eine kulturelle Komponente (Bildungs- und Kulturauftrag).

* Der Autor ist Alumnus der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Stock, in: FS Badura 2004, S. 781, 793.

² Vgl. BVerfGE 31, 315, 325; 57, 295, 320; 73, 118, 152-153; 90, 60, 88.

³ Vgl. Davies, nytimes.com v. 24.08.2016, abrufbar unter: <http://nyti.ms/2xomfEP> (Stand: 22.04.2018); Schneider, sued-deutsche.de v. 07.09.2016, abrufbar unter: <http://bit.ly/2bXH7uJ> (Stand: 22.04.2018).

⁴ Beispielsweise die jüngste Volksabstimmung in der Schweiz, vgl. faz.de v. 04.03.2018, abrufbar unter: <http://bit.ly/2FeeGVI> (Stand: 22.04.2018).

⁵ Hesse, Rundfunkrecht, 2003, 1. Kapitel, Rn. 23; Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, S. 23.

⁶ Ausführlich zur Rundfunkentwicklung Hermann/Lausen, Rundfunkrecht, 2004, § 4 Rn. 23-159.

⁷ Ausführlich Rossen-Stadtfeld, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie der Universität Köln, Heft 201, 2005, 9-10.

⁸ Vgl. BVerfGE 12, 205, 259, 31, 314, 325; 90, 60, 87; 97, 228, 256; 103, 44, 74; 114, 371, 387.

⁹ Vgl. BVerfGE 57, 295, 319-320; 73, 118, 153; 74, 297, 323 f.; 83, 238, 295 f.; 87, 181, 197; 90, 60, 87; 121, 30, 59.

¹⁰ Vgl. ausführlich zum Informationsauftrag Wolf, Der Kulturauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2010, S. 244-260.

¹¹ Vgl. schon BVerfGE 12, 205, 229.

¹² Vgl. Grimm, VVDStRL 42, (1984), S. 76, vgl. Lewke, Der verfassungsrechtliche Kulturauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2007, S. 144 ff.; Wolf (Fn. 10), S. 244.

¹³ Zum Kulturauftrag im Rundfunk vgl. Grimm, VVDStRL 42, (1984), S. 47, 72.

2. Der Bildungsauftrag als Teil einer Systemdebatte

Die Entwicklungslinien des Bildungsauftrags sind eng mit einer allgemeinen rechtspolitischen Systemdebatte verwoben. Dabei lassen sich vereinfacht zwei Pole herausarbeiten: Auf der einen Seite steht ein wirtschaftspolitisch und ökonomisch liberales Marktverständnis des Rundfunksystems. Demgegenüber steht ein gemeinwohlorientiertes Integrationsverständnis. Mit der Einführung des Privatrundfunks veränderte sich zunehmend die (verfassungs-)politische Bedeutung des Rundfunks: Die im Monopol typische Betonung von kulturpolitischen Funktionen trat im Wesentlichen hinter wirtschaftspolitische Argumente zurück.¹⁴ In der Folge hat sich der Privatrundfunk einem Marktverständnis angenähert. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk wurde zum zentralen Garanten für eine integrative Kommunikationsordnung, jedoch nicht ohne von Marktzwängen befreit zu bleiben.

3. Verfassungsrechtliche Konzeption

Grundsätzlich bezieht sich der Bildungsauftrag auf den gesamten Rundfunk.¹⁵ Im Gegensatz zum privaten trägt der öffentlich-rechtliche Rundfunk die wesentliche verfassungsrechtliche Last als Treuhänder der Gesellschaft.¹⁶ Da aber auch die Rundfunkfreiheit privater Veranstalter der öffentlichen Meinungsbildung dient, bleibt die private Säule nicht vollkommen von der verfassungsrechtlichen Rundfunkgewährleistung befreit.¹⁷ Innerhalb der privaten Programme muss ein „Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt“¹⁸ gewährleistet werden. Dieser Grundstandard umfasst einen angemessenen Anteil von Information, Kultur und Bildung. Insoweit wohnt dem Grundstandard auch ein – sehr viel schwächer ausgeprägter – Bildungsauftrag inne.¹⁹

a) Grundversorgungs- und Funktionsauftrag

Das BVerfG hat dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk den Auftrag der „Grundversorgung“ zugewiesen.²⁰ Das meint keine Minimal-, sondern eine Maximal- und flächendeckende Versorgung der gesamten Bevölkerung in voller Breite und Vielfalt.²¹ Aufgrund der Mehrdeutigkeit dieses Begriffs wird er zunehmend als „Funktionsauftrag“ bezeichnet.²² Der Bildungsauftrag ist Teil des Funktionsauftrags. Deshalb richten sich Inhalt und Umfang des Bildungsauftrags

funktional nach den Zielen für den gesamten Rundfunk aus.²³

b) Konzeptionelles Dilemma

Trotz öffentlich-rechtlicher Beitragsfinanzierung befinden sich beide Säulen seit der Einführung der dualen Rundfunkordnung in einem Wettbewerb um Publikum und Reichweite. Denn ohne ein ausreichend großes Publikum kann der öffentlich-rechtliche Rundfunk seinem Funktionsauftrag nicht gerecht werden. Das stellt Bildungsauftrag und öffentlich-rechtlichen Rundfunk vor enorme (publizistische) Herausforderungen: Der verfassungsrechtlich hohe Anspruch an den Bildungsauftrag bildet genau wie eine breite gesellschaftliche Akzeptanz vor allem aufgrund der Beitragsfinanzierung die politische Legitimationsstütze des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Der Bildungsauftrag verlangt publizistisch anspruchsvolle (und typischerweise quotenärmere), die Beitragsfinanzierung massenattraktive Programme.

Diese widersprüchlichen Zielsetzungen manifestieren sich in Form eines Dilemmas zwischen Qualität und Quote. Sollte der öffentlich-rechtliche Rundfunk den Bildungsauftrag zu sehr verfolgen, läuft er Gefahr, erhebliche Teile der Bevölkerung als kulturelles Nischenprogramm nicht mehr zu erreichen. Sollte er zu sehr auf Massenattraktivität setzen, droht eine Verflachung des Programmniveaus in Form einer Selbstkommerzialisierung.²⁴

II. Konkrete Ausprägung des Regulierungsziels

An diese abstrakt-konzeptionelle Einordnung knüpft sich die Frage, anhand welcher konkreten Ausprägungen sich der Bildungsauftrag als Regulierungsziel praktisch nachvollziehen lässt. In quantitativer Hinsicht kann das programmliche Verhältnis von Informations- und Bildungs- auf der einen sowie Unterhaltungsformaten auf der anderen Seite angeführt werden. Qualitativ lassen sich vor allem Formate auf den Bildungsauftrag zurückführen, die komplexe oder voraussetzungsvolle Themen (z.B. im Zusammenhang mit dem aktuellen Tagesgeschehen) mithilfe von Schaubildern und fachlichen Experten erklärend aufarbeiten.

III. Ausgestaltung des Bildungsauftrags im dualen System

1. Gesetzliche Ausgestaltung

Die einfachgesetzliche Entwicklung im Privatrundfunk ist durch den Rückzug staatlicher Steuerung seit der Einführung der dualen Ordnung geprägt.²⁵ Heute findet der Bildungsauftrag nur wenige normative Anknüpfungspunkte: § 25 RStV

¹⁴ Vgl. grundlegend *Hoffmann-Riem* (Fn. 5), S. 49; *Hoffmann-Riem*, Erosionen des Rundfunkrechts, 1990, S. 25, 69.

¹⁵ Die Legislative verfügt insoweit über einen weiten Ausgestaltungsspielraum, vgl. BVerfGE 12, 205, 262; 57, 295, 321-322; 83, 238, 296, 315-316, 324; 90, 60, 94.

¹⁶ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1994, § 7 Rn. 100.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 73, 118, 157; 121, 30, 51.

¹⁸ BVerfGE 73, 118, 159.

¹⁹ Das betonend vgl. *Deetz*, Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 1996, 12, 16; ebenso *Ehmann*, RdJB 1996, 3, 5 ff. Freilich schließt diese Verpflichtung die Möglichkeit ein, geringere Anforderungen an private als an öffentlich-rechtliche Programme zu stellen, vgl. BVerfGE 57, 295, 319; 73, 118, 158-159.

²⁰ Vgl. BVerfGE 73, 118, 157-158; 83, 238, 297; *Beater*, Medienrecht, 2016, § 4 Rn. 231-232.

²¹ Zuletzt BVerfGE 119, 181, Rn. 122.

²² Zur ausführlichen terminologischen Eingrenzung *Thum*, Einfachgesetzliche Präzisierung des verfassungsrechtlichen Funktionsauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2007, S. 90-91.

²³ BVerfGE 74, 297, 326; *Gersdorf*, Grundzüge des Rundfunkrechts, 2003, Rn. 310, *Thum* (Fn. 22), S. 83; zusammenfassend *Held*, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, 2008, S. 121-122.

²⁴ Vgl. dazu insgesamt *Stock*, Das deutsche duale Rundfunksystem, 2004, S. 62.

²⁵ Vgl. grundlegend zur Entwicklung *Hoffmann-Riem*, Media Perspektiven (MP) 1988, 57, 60 ff.; *Bullinger*, in: Kirchhof/Isensee (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 2009, § 163 Rn. 100-110; von *Danwitz*, ZUM 2002, 769, 771-777, *Janik*, AfP 2002, 105, 114; *Stock* (Fn. 1), S. 781, 793-799; vgl. ebenfalls *Dörr*, in: Hartstein/Ring/Kreile/Stettner/Dörr/Cole/Wagner (Hrsg.), Kommentar zum RStV, Bd. II, 2017, § 25 Rn. 4.

legt ein grundsätzliches außenpluralistisches System fest, in dem die allgemeinen Programmgrundsätze nach §§ 3, 41 II RStV gelten.

Bei der Ausgestaltung des öffentlich-rechtlichen Bildungsauftrags befindet sich der Gesetzgeber im Spannungsfeld zwischen Staatsferne und Gesetzesvorbehalt: Das Programm darf einerseits nicht staatlich aufgegeben sein (Rundfunkfreiheit als Programmfreiheit).²⁶ Andererseits ordnet Art. 5 I S. 2 GG („gewährleistet“) die Schaffung einer gesetzlichen Ausgestaltung an. Diese zuwiderlaufenden Normziele werden durch ein abgestuftes Regelungssystem zwischen verfassungsrechtlichen, einfach- und untergesetzlichen Normen in Einklang gebracht, bei dem die Konkretisierung des Bildungsauftrags hauptsächlich über Verfahrens- und Organisationsrecht sichergestellt wird.²⁷

2. Programmliche Ausgestaltung

Auch programmlich lässt sich die Annäherung des Privatrundfunks an ein Marktverständnis nachvollziehen. Da Unterhaltungsformate typischerweise höhere Einschaltquoten als Bildungsprogramme generieren, dominieren sie die privaten Rundfunkvollprogramme. Informative und politisch bildende Programme finden indes nur vereinzelt Platz.²⁸

Im öffentlich-rechtlichen Rundfunk haben sich Unterhaltungsformate ebenfalls etabliert. Deswegen wird u.a. beklagt, die Angebote würden den anspruchsvollen Anforderungen des Bildungsauftrags nicht gerecht.²⁹ Zum einen würden zuschauerarme Kultur- und Bildungsformate in Spartenprogramme verdrängt (Verspartung). Zum anderen fänden fast ausschließlich massenattraktive Unterhaltungsprogramme zu den zuschauerstärksten Zeiten statt.³⁰ Teilweise lassen sich diese Entwicklungen empirisch bestätigen.³¹ Allerdings ergeben sich zwischen den öffentlich-rechtlichen und privaten Programm- und Imageprofilen weiterhin erkennbare Unterschiede.³² Besonders qualitativ können sie den Anforderungen des Bildungsauftrags durch Formate gerecht werden, die komplexe Zusammenhänge veranschaulichen, um bestimmte Konflikte nachvollziehen zu können.³³ Darüber hinaus werden sie (generationenübergreifend) als fundamental unterschiedliche Programmanbieter

wahrgenommen.³⁴ Auch das BVerfG stellte „deutliche Unterschiede“³⁵ in den Programmprofilen heraus. Gleichzeitig wird auch die Zurückdrängung von Bildungsprogrammen sichtbar.

IV. Gegenwärtige Regulierung des Bildungsauftrags

Heute steht der Bildungsauftrag als Regulierungsziel normativ und programmlich nicht im Vordergrund. Auch zeigt sich, dass eine alleinige Stärkung des Bildungsauftrags im öffentlich-rechtlichen Rundfunk die Gefahr birgt, kontraproduktiv zu wirken, indem Zuschaueranteile verloren gehen. Deshalb bietet es sich an, eine eventuelle Regulierung nicht auf eine Säule zu beschränken, sondern auch am Privatrundfunk anzusetzen.³⁶

C. Einfluss postfaktischer Tendenzen

Anlass für eine stärkere Regulierung bieten insbesondere die immer öfter diskutierten postfaktischen Entwicklungen der öffentlichen Diskussionskultur. Ihr Einfluss auf den Bildungsauftrag wird im Folgenden untersucht, indem ausgehend von einer Begriffsbestimmung nach der rechtlichen Relevanz und möglichen Ursachen gefragt wird.

I. Begriffsbestimmung

Im Allgemeinen beschreibt „postfaktisch“ gesellschaftliche Umstände, unter denen objektive, dem Beweis zugängliche Tatsachen einen geringeren Einfluss auf das Zustandekommen öffentlicher Meinungen haben als Appelle an das Gefühl oder persönliche Sichtweisen.³⁷

In einem postfaktischen Meinungsstreit kommt es darauf an, inwieweit dargebotene Erklärungsmodelle eine Nähe zur Gefühlswelt der Diskutierenden aufweisen.³⁸ Offensichtlich falsche Tatsachen sind nicht automatisch wertlos, sondern können als „alternative Fakten“ umschrieben werden. Personen setzen sich über etabliertes Wissen und wissenschaftliche Erkenntnisse hinweg. Grundlage des öffentlichen Diskurses sind in der Folge weniger Tatsachen als opportune Narrative (gefühlte Wahrheiten). Fakten und deren Belege verlieren ihre Autorität, treten gar hinter den emotionalen Effekt einer Behauptung zurück.

Bei genauerer Betrachtung geht es nicht nur um gezieltes Lügen: Entscheidend ist, dass eine Person (ob einfacher

²⁶ Vgl. BVerfGE 74, 297, 324; 90, 60, 88; 121, 30, 52.

²⁷ Vgl. *Schultze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, 2013, Art. 5 GG Rn. 239.

²⁸ Bei den privaten Fernsehsendern RTL, VOX, RTL II, Sat.1, Pro Sieben, und Kabel Eins überwiegt das Unterhaltungssegment im Jahr 2016 eindeutig: Außer bei RTL (22 % Anteil des Programms bilden Fernsehpublizistik) sind 85-95 % der Programmangebote Unterhaltungsformate, siehe *Die Medienanstalten* (Hrsg.), *Content-Bericht 2016*, S. 34-40, vgl. dazu auch (mit ähnlichen Ergebnissen im Jahr 2012) *Krüger*, MP 2016, 166, 167-168.

²⁹ Vgl. *Fehling*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2013, § 59 Rn. 57.

³⁰ Vgl. *Brenner*, *Zur Gewährleistung des Funktionsauftrags durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk*, 2002, S. 148 ff., vgl. außerdem m.w.N. *Wolf* (Fn. 10), S. 5-6.

³¹ Vgl. *Reese*, *Der Funktionsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks vor dem Hintergrund der Digitalisierung*, 2006, S. 148 f., m.w.N. *Wolf* (Fn. 10), S. 5; vgl. außerdem *Krüger*, MP 2016, 166, 167.

³² Vgl. *Krüger*, MP 2016, 166, 184.

³³ Exemplarisch dafür steht das Format *#kurzerklärt* der ARD im Rahmen der Tagesschau, abrufbar unter: <https://bit.ly/2HRnumu> (Stand: 22.04.2018).

³⁴ Vgl. *Rühle*, MP 2016, 286, 286 f.; vgl. außerdem *Krüger*, MP 2017, 344, 362.

³⁵ BVerfGE 119, 181, 217-218.

³⁶ In diese Richtung ebenfalls *Stock*, *Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie der Universität Köln*, Heft 204, 2005, 8.

³⁷ Der Begriff „postfaktisch“ wurde 2016 zum internationalen (Oxford English Dictionary, Word of the Year 2016, abrufbar unter: <http://bit.ly/2l2ISgs> (Stand: 22.04.2018)) und deutschen (Gesellschaft für deutsche Sprache e.V., Wort des Jahres, abrufbar unter: <http://bit.ly/2hnzGBf> (Stand: 22.04.2018)) Wort des Jahres 2016 gewählt.

³⁸ Vgl. *Kittlitz*, *zeit.de* v. 28.08.2016, abrufbar unter: <http://bit.ly/2vkT4kJ> (Stand: 22.04.2018). Während sich im deutschsprachigen Raum der Begriff „postfaktisch“ durchgesetzt hat, wird im Englischen vornehmlich der (im Übrigen inhaltsgleiche) Begriff „post truth“ verwendet.

Bürger oder politischer Akteur) dem Wahrheitsgehalt der eigenen und anderen Aussagen gleichgültig gegenübersteht. Ob sich eine Behauptung beweisen lässt, spielt deshalb keine Rolle.³⁹ Unter solchen Umständen geraten zunehmend falsche Tatsachenbehauptungen in Umlauf. Diese stammen nicht nur von Politikern, sondern können beliebig über soziale Netzwerke und Foren im Internet produziert und verbreitet werden. Deshalb werden durch den Begriff nicht nur Handlungsweisen von politischen Akteuren, sondern auch ein Zustand beschrieben, der Zustand einer Demokratie, Gesellschaft, oder sogar ein neues Zeitalter.⁴⁰ Im Rahmen dieser Untersuchung werden „postfaktische Tendenzen“ als ein Phänomen der gesamtgesellschaftlichen „Entwertung von Tatsachen“ verstanden.⁴¹

An Aktualität und Relevanz gewannen postfaktische Tendenzen insbesondere im Zusammenhang mit dem US-Präsidentenwahlkampf 2016.⁴² In Deutschland wird der Begriff vor allem in Verbindung mit der Flüchtlingskrise verwendet.

Das Problem von Wahrheit und Lüge ist in der Politik aber nicht neu. Denn politische Kommunikation dient in erster Linie nicht der Wissensfindung, sondern gerade dazu, sich gegenüber anderen zu behaupten. Neu scheint aber die Häufigkeit, Radikalität und die Methoden, mit denen politische Akteure in der Öffentlichkeit falsche Tatsachen verbreiten und bei relevanten Bevölkerungsteilen auf keinerlei Widerspruch stoßen.

II. Rechtliche Relevanz für den Bildungsauftrag

Doch inwieweit sind postfaktische Tendenzen für den Bildungsauftrag des Rundfunks relevant? Das hängt davon ab, inwieweit postfaktische Tendenzen eine Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung darstellen.

Für die öffentliche Meinungsbildung ist ein demokratischer Austausch von Meinungen elementar. Ein demokratischer Diskurs muss sachlichen Ansprüchen genügen. Seine Grundlage bilden vor allem belegbare Fakten (Validierungsfähigkeit als Teil der Diskursivität).⁴³ Idealtypisch unterscheiden sich in einer Demokratie die politischen Wertungen, die sich auf der Grundlage von Fakten ableiten. Entzieht man diese Grundlage, wird die politische Verständigung erschwert, wenn nicht sogar untergraben.

Im Rahmen postfaktischer Tendenzen stellen Fakten keine Diskurs-Grundlage, sondern eine bloße und beliebige Argumentationshilfe dar. Abstrakt drohen dadurch demokratische Prinzipien zu eruiieren.⁴⁴ Mangelndes Vertrauen in die Glaubwürdigkeit von Berichterstattungen kann auch Politikverdrossenheit befeuern.⁴⁵ Nicht zuletzt wird schon in Bezug auf Kommerzialisierungstendenzen im gesamten Rundfunk eine „Konvergenz nach unten“ beklagt.⁴⁶ Durch postfaktische Tendenzen würden derartige Entwicklungen verschärft. Auch insoweit gefährden postfaktische Tendenzen die öffentliche Meinungsbildung.

III. Mögliche Ursachen für postfaktische Tendenzen

Der Gebrauch von falschen Tatsachen ist im öffentlichen Diskurs aber grundsätzlich nicht neu. Deshalb muss zunächst gefragt werden, was mögliche Ursachen für die Entwicklung postfaktischer Tendenzen sind. Auch wenn verschiedene Ursachen in Betracht kommen, sollen in diesem Rahmen schwerpunktmäßig Formen der Informationsvermittlung im Internet betrachtet und im Anschluss mithilfe verhaltenspsychologischer Urteilsfehlern (Heuristiken⁴⁷) dargestellt werden.

1. Beschaffung und Vermittlung von Nachrichten

Nachrichteninhalte werden immer öfter über soziale Netzwerke verbreitet und abgerufen.⁴⁸ Jeder Nutzer sozialer Netzwerke kann zum Meinungsmacher werden, ohne Belege anbieten zu müssen. So verbreiten sich Verschwörungstheorien, populistische oder falsche Inhalte (*Fake News*) besonders gut im Internet.⁴⁹ Verstärkt wird die Verbreitung durch das algorithmisierte Filtern von Beiträgen in sozialen Netzwerken, wie z.B. Facebook.⁵⁰ Diese tragen dazu bei, dass Nutzer primär bis ausschließlich Beiträge von anderen Nutzern sehen, die eine ähnliche politische Grundeinstellung teilen (sogenannte Filterblasen, Echokammern). Nutzer, die mehrfach Internetseiten besuchen, die Falschmeldungen verbreiten, erhalten so immer häufiger ähnliche Beiträge. So verfestigen sich Anschauungen, die auf der Grundlage falscher Tatsachen gebildet wurden.⁵¹ Die Verwendung von *Social Bots* kann darüber hinaus bestimmten Meinungen

³⁹ Der amerikanische Philosoph *Harry G. Frankfurt* stellte dies in seinem Werk „On Bullshit“ in den Mittelpunkt: Bullshit ist demnach eine Form leeren Geredes, vgl. *Raritan Quarterly Review* (1986/2), 86 ff.

⁴⁰ Vgl. *Weingart*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* (APuZ) 2017, 11, 11-12; vgl. *Strong*, *U. PA. L. Rev.* (2017/165), 137 ff.

⁴¹ Dieses Phänomen als „postfaktisch“ zu bezeichnen ist insoweit irreführend, als es - besonders im Englischen: „post truth“ - suggeriert, es gehe um den Verlust von oder den Kampf um „Wahrheiten“. Abstrakte (philosophische) Wahrheiten sind nicht dem empirischen Beweis zugänglich und deshalb nicht gemeint, vgl. dazu *Hürter*, APuZ 2017, 11, 11; zur philosophischen Dimension des Begriffs *Kolmer*, APuZ 2017, 40, 41.

⁴² Vgl. *Davies*, *nytimes.com* v. 24.08.2016, abrufbar unter: <http://nyti.ms/2xomfEP> (Stand: 22.04.2018).

⁴³ Vgl. dazu *Habermas*, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1990, S. 352 ff. Nicht umsonst geht das BVerfG davon aus, dass unwahre Tatsachenbehauptungen nicht zur Meinungsbildung beitragen und somit unter Art. 5 I S. 1 GG nicht schützenswert sind, vgl. zuletzt BVerfGE 114, 339, 352.

⁴⁴ Vgl. *Hürter*, APuZ 2017, 23, 24.

⁴⁵ Vgl. *Marschall*, APuZ 2017, 17, 22.

⁴⁶ Vgl. dazu insgesamt *Stock* (Fn. 24), S. 62; *Stock* (Fn. 1), S. 781, 799.

⁴⁷ Als Heuristiken bezeichnet man einfache Denkstrategien für effizientere Urteile, vgl. *Kahneman*, *Schnelles Denken, Langsames Denken*, 2011, S. 127-128; zu weiteren verhaltenspsychologischen Bewertungen in Zusammenhang mit postfaktischem Handeln *Oxera Consulting* (Hrsg.), *The policy of truth? Deception in markets and in public policy*, 2017, S. 1 ff.

⁴⁸ Dies trifft vor allem auf junge Menschen zu, vgl. *Internationales Zentralinstitut für das Jugend- und Bildungsfernsehen* (Hrsg.), *Grunddaten Jugend und Medien*, 2017, S. 4 ff.

⁴⁹ Zum Zusammenhang zwischen Fake News und dem Wahlerfolg des US-Präsidenten *Solon*, *theguardian.com* v. 10.11.2016, abrufbar unter: <http://bit.ly/2fhSwYB> (Stand: 22.04.2018).

⁵⁰ Siehe dazu *Hoffmann-Riem*, *AöR* 2017, 1, 11-14; eine anschauliche Erläuterung bietet *Drexler*, *ZUM* 2017, 529, 532-533.

⁵¹ Genauer dazu *Drexler*, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-16*, 2017, S. 5 f.

schneller mehr Resonanz innerhalb eines Netzwerkes verschaffen und so Meinungsbilder verzerren.⁵² Das eröffnet gewaltige Möglichkeiten der politischen Einflussnahme.⁵³ Während im Internet geteilte Beiträge auf der einen Seite die Meinungsbildung anheizen, führt diese Informationsvermittlung auf der anderen Seite dazu, dass das Vertrauen in Nachrichtenquellen grundsätzlich sinkt. Dazu erhalten falsche Tatsachenbehauptungen häufig mehr Aufmerksamkeit.⁵⁴

2. Verhaltenspsychologischer Erklärungsansatz

Die schnelle Verbreitung von falschen Tatsachenbehauptungen durch Filterblasen im Internet kann verhaltenspsychologisch anhand der *Affektheuristik* erklärt werden. Sie besagt, dass Individuen dazu neigen, jenen Tatsachen Glauben zu schenken, die den bereits bestehenden Einstellungen entsprechen.⁵⁵ Demnach ist der Einzelne einem emotionalen Widerspruch zwischen seinen Einstellungen und der Faktenlage ausgesetzt. Das hat zur Folge, dass, erst nachdem eine wertende Grundhaltung festgelegt wurde, eine (dieser Haltung möglichst nicht widersprechende) „Auswahl“ von Fakten vorgenommen wird.⁵⁶

Auch die Häufigkeit, mit der Falschmeldungen Gegenstand der Berichterstattung sind, birgt Risiken. Denn als falsch gekennzeichnete Meldungen sind dazu geeignet, die öffentliche Meinungsbildung zu beeinflussen. Das zeigt die *Verfügbarkeitsheuristik*. Sie besagt: Je häufiger eine bestimmte Nachricht oder Meinung wahrgenommen wird, desto wahrscheinlicher ist es, sie für wahr zu halten.⁵⁷

IV. Postfaktische Tendenzen in Deutschland

Postfaktische Tendenzen werden primär mit Bezug auf das politische Geschehen in den USA thematisiert. In welchem Ausmaß sie als gesamtgesellschaftliche Entwertung von Tatsachen in Deutschland vorliegen, kann empirisch schwer festgestellt werden. Die Untersuchung möglicher Ursachen ergibt, dass das Potenzial für die Entwicklung von postfaktischen Tendenzen in Deutschland nicht besonders stark ausgeprägt ist: Die mit der Nutzung sozialer Netzwerke verbundenen Effekte können in Deutschland (noch) nicht belegt werden. Auf Basis von empirischen Befunden wird davon ausgegangen, dass es sich dabei nicht um Breitenphänomene handelt, sondern sich diese Effekte hauptsächlich auf die Ränder des politischen Spektrums und damit einen kleinen

Bevölkerungsteil beschränken.⁵⁸

D. Bewertung

Trotz der noch geringen Ausprägung besteht zukünftig die Gefahr einer Verschärfung dieser Tendenzen. Anders als der Begriff postfaktisch suggeriert, muss aber berücksichtigt werden, dass der Umgang mit Fakten im Rahmen der öffentlichen Meinungsbildung nicht erst in jüngster Zeit ein Problem darstellt und deshalb nicht überdramatisiert werden sollte. Da der Rundfunk selbst mithilfe einer normzielgerechten Regulierung als solcher zukünftig maßgeblich an Relevanz verlieren könnte, liegt mit Blick auf mögliche Reformen ebenfalls eine Regulierung von Internet-Intermediären (Twitter, Facebook etc.) nahe⁵⁹, die in diesem begrenzten Rahmen nicht näher erfolgen kann.

Die beschriebenen Tendenzen sind aber für die Rundfunkregulierung nicht von geringerer Bedeutung. Denn der Grundsatz des BVerfG, dass sich im Rundfunk bereits eingetretene Fehlentwicklungen kaum nachträglich korrigieren lassen,⁶⁰ muss beachtet werden. Zu diesen Fehlentwicklungen gehört aber nicht nur eine Tatsachenentwertung, sondern auch die Entstehung einer paternalistischen Medienlandschaft. Der beschriebene Rückgang staatlicher Regulierung, der sich auch grundrechtsdogmatisch durch die subjektiv-rechtliche Rundfunkunternehmerfreiheit und das Gebot der Staatsferne untermauern lässt, muss insoweit positiv herausgestellt werden. Vor diesem Hintergrund sollte der Rundfunk so ausgerichtet werden, dass er (unter Berücksichtigung der Staatsferne) neuen Entwicklungen in der Informationsübermittlung gewachsen ist.

Dabei gibt die abstrakte Gefahr einer gesellschaftlichen Entwertung von Tatsachen Anlass dazu, den Bildungsauftrag so weit zu verstehen, dass er praktisch als Hüter der demokratischen Meinungsbildung erhalten bleibt. Das lässt sich aus seiner funktionalen Ausrichtung ableiten und betrifft besonders den klassischen Journalismus. Er verknüpft den Akt der Publikation mit der Prüfung von Relevanz und Faktizität.⁶¹ Je weniger journalistische Beiträge im Rundfunk gefördert werden, desto mehr leidet die individuelle und öffentliche Meinungsbildung – desto mehr ist sie anfällig für postfaktische Tendenzen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk muss deshalb eine Torwächter-Funktion⁶² als Orientierungshilfe und Gewährleister eines vielfältigen, gut recherchierten

⁵² Zu Social Bots und ihrer rechtlichen Regulierung in Verbindung mit der Nachrichtenweiterverbreitung siehe Drexel, ZUM 2017, 529, 536 ff.; sowie Dankert/Dreyer, K&R 2017, Heft 2, S. 73 ff.

⁵³ Vgl. in Bezug auf den amerikanischen Wahlkampf Grasseger/Krogerus, dasmagazin.ch v. 03.12.2016, abrufbar unter: <http://bit.ly/2h4MBHS> (Stand: 22.04.2018).

⁵⁴ Typischerweise erhalten unbegründete Verschwörungsbehauptungen mindestens genauso starke Aufmerksamkeit wie (überprüfbare) Tatsacheninformationen, Karsai et al., Computers in Human Behavior (2015/51), S. 1198 ff.

⁵⁵ Vgl. Kahneman (Fn. 47), S. 103.

⁵⁶ Vgl. Oxera Consulting (Fn. 47), S. 4.

⁵⁷ Vgl. zur Verfügbarkeitsheuristik Kahneman (Fn. 47), S. 129-135; in Verbindung mit „Fake News“ vgl. Oxera Consulting (Fn. 47), S. 4.

⁵⁸ Siehe dazu ausführlich Landesmedienanstalt Nordrhein-Westfalen/Forschungsschwerpunkt Medienkonvergenz der Universität Mainz (Hrsg.), Informationsintermediäre und Meinungsbildung, 2016, S. 180-181.

⁵⁹ So spricht Drexel Intermediären wie Facebook eine „Gatekeeper-Funktion“ in Bezug auf die Auswahl von Nachrichten zu, vgl. Drexel, ZUM 2017, 529, 536. Darüber hinaus wird immer mehr deutlich, dass sich die (Manipulation der) Bildung der öffentlichen Meinung immer mehr auf das Internet verlagert, weshalb u.a. Kreile eine Regulierung zur Vielfaltssicherung gegenüber Suchmaschinen fordert, vgl. Kreile, ZUM 2017, 268, 270-278.

⁶⁰ Dies betont das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, BVerfGE 57, 295, 323; 121, 30, 52.

⁶¹ Vgl. Pörksen, in: Die Medienanstalten (Hrsg.), Content-Bericht, 2016, S. 170.

⁶² Das bedeutet, dass sie die maßgebliche Auswahl von Informationen vornehmen, die als Grundlage der Meinungsbildung herangezogen werden.

Angebots einnehmen.⁶³ Nur so kann der gesamte Rundfunk die Meinungsbildung medial ermöglichen (Forums- und Integrationsfunktion⁶⁴).

Um diese Funktion erfüllen zu können, dürfen öffentlich-rechtliche Anstalten zukünftig keine weiten Teile der Bevölkerung als Zuschauer verlieren. Dies droht aber insbesondere, soweit man eine programmliche Begrenzung mit dem Hinweis fordert, der öffentlich-rechtliche solle nur Defizite des privaten Rundfunks ausgleichen (i.E. sein Programm entsprechend auf bildende und informative Formate beschränken).⁶⁵ Eine solche Begrenzung könnte die *duale Ordnung* in ein System mit *dualem Publikum* umwandeln.⁶⁶ Zwar würde so der Spagat des öffentlichen Rundfunks zwischen Niveaupflege und Massenattraktivität entschärft. Der gesamte Rundfunk verlöre aber an Bedeutung für die politische Meinungsbildung; der Bildungsauftrag an Wirkungskraft.

Für das Internet gilt das umso mehr. Denn das Internet ist Musterbeispiel eines außenpluralen, aber nicht *per se* qualitativ hochwertigen Mediums, das die Durchschlagskraft und Breitenwirkung des klassischen Rundfunks einschränkt.⁶⁷ Da im Rahmen der Entwicklungsgarantie die Aufgabe des Rundfunks davon abhängig sein muss, auf welche Weise die individuelle und öffentliche Meinungsbildung erfolgt,⁶⁸ sollte der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Internet-Zeitalter gestärkt werden.⁶⁹ Konkret geht es darum, journalistische Qualitätsstandards zu verankern und hochzuhalten (Vorbildfunktion).⁷⁰

E. Reformperspektiven

Um den Bildungsauftrag des *gesamten* Rundfunks zu stärken, verspricht eine gemeinsame Regulierung beider Säulen am meisten Erfolg.

I. Privater Rundfunk

Im Privatrundfunk geht es konkret um quantitativ höhere Informations- und Bildungsanteile in Vollprogrammen, wohingegen es der Aufgabenverteilung der dualen Ordnung

zuwiderliefe, hier qualitative Vorgaben legislativ zu normieren.

Da das Instrumentarium der Landesmedienanstalten nach geltendem Recht dafür kaum ausreichend ist⁷¹, kommt *de lege ferenda* in Betracht, die materiellrechtlichen Vorgaben zu verschärfen, insbesondere die Programmgrundsätze oder Zulassungsvoraussetzungen zu konkretisieren. Da aber normative Programmstandards die Strukturschwäche des dualen Systems nur beschränkt überwinden können, sind diese Maßnahmen in ihrer Wirkung begrenzt.⁷² Auf Vollzugsebene ist es den Landesmedienanstalten bislang nicht gelungen, sich den kommerziellen Veranstaltern geschlossen als durchsetzungsfähige Kontrollinstanz entgegenzustellen.⁷³ Zum einen scheinen sie sich teilweise als Förderer des privaten Rundfunks anstatt als kritische Aufsichtsinstanz zu verstehen.⁷⁴ Zum anderen trägt eine offenbar nicht beizulegende dysfunktionale und medienpolitisch geprägte Standortkonkurrenz zu einer Selbstbeschränkung bei.⁷⁵ Deshalb sind Strukturformen notwendig. Den Landesmedienanstalten fehlt die für die Durchsetzung einschneidender Maßnahmen notwendige politisch-gesellschaftliche Unterstützung.⁷⁶ Insoweit ist ein parteipolitisches und gesellschaftliches Umdenken erforderlich. Außerdem sollten den Landesmedienanstalten mehr verwaltungsrechtliche Aufsichtsinstrumente zur Verfügung gestellt und, soweit Programmgrundsätze konkretisiert wurden, Verstöße dagegen in den Ordnungswidrigkeitenkatalog des § 41 I S. 1 RStV aufgenommen werden. Darüber hinaus können Medienforscher und binnenplural zusammengesetzte gesellschaftliche Gremien stärker in die Programmaufsicht einbezogen werden.⁷⁷

II. Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

Im öffentlich-rechtlichen Bereich sollten vor allem Informations- und Bildungsformate nicht mehr in Spartenprogramme oder Randzeiten verdrängt werden.

Zum einen kann das durch eine nähere Präzisierung des Bildungsauftrags geschehen.⁷⁸ Materielle Ausgestaltungen (wie eine engere gesetzgeberische Auftragsdefinition nach § 11 I S. 4 RStV) sind ihrer Steuerungswirkungskraft aber begrenzt, da sie aufgrund der zu wahrenen Staatsferne

⁶³ Vgl. Paulus/Nölscher, ZUM 2017, 177, 186.

⁶⁴ Nach dem BVerfG muss der Rundfunk möglichst viele verschiedene gesellschaftliche Kräfte im Gesamtprogramm zu Wort kommen lassen, vgl. BVerfGE 12, 205, 206, 261-262. Außerdem soll er eine integrierende Funktion für das Staatsganze erfüllen (vgl. BVerfGE 31, 314, 329; ähnlich BVerfGE 35, 202, 222) und gesellschaftlich als Vermittler tätig werden (vgl. BVerfGE 57, 295, 320; 83, 238, 296; 90, 60, 87).

⁶⁵ Vgl. Schoch, VVDStRL 57 (1998), S. 158, 193; Gersdorf, Legitimation und Limitierung von Onlineangeboten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2009, S. 43.

⁶⁶ Vgl. Stock (Fn. 1), S. 781, 798.

⁶⁷ Vgl. Fehling (Fn. 29), § 59 Rn. 8.

⁶⁸ Vgl. Papier/Schröder, Verfassungsfragen des Dreistufentests, 2011, S. 75.

⁶⁹ In diese Richtung gehend auch das Sondervotum des Richters am BVerfG Paulus, vgl. BVerfGE 136, 9, 68.

⁷⁰ Nach der Vorbildfunktion soll der öffentliche Rundfunk die Qualität des privaten gewissermaßen „hochziehen“, dazu vgl. Bullinger, Die Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 1999, S. 11, 14. Das BVerfG spricht davon nicht ausdrücklich, geht aber inhaltlich in diese Richtung, vgl. BVerfGE 74, 297, 332, 335. Vgl. konkret in Bezug auf zukünftige Entwicklungen im Ergebnis Drexler (Fn. 51), S. 23.

⁷¹ Vgl. zu den gegenwärtigen Gestaltungsoptionen auf abstrakt-genereller und auf Einzelaktsebene Hain, K&R 2010, 638, 641-642; Schulz/Held, Regulierung durch Anreize, 2011, S. 42.

⁷² Vgl. Rossen-Stadtfeld, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2018, § 25 RStV Rn. 68.

⁷³ Vgl. Rossen-Stadtfeld (Fn. 72) § 25 RStV Rn. 72; Möllers/Zwifelhoffer, MMR 2015, 161, 164-165 sprechen von einer „Laxheit beim Vollzug der Programmregeln“; Fehling von einer Kapitulation vor der „normativen Kraft des Faktischen“, Fehling (Fn. 29), § 59 Rn. 94.

⁷⁴ Hoffmann-Riem (Fn. 5), S. 51; vgl. Rossen-Stadtfeld (Fn. 79), § 25 RStV Rn. 72; Möllers/Zwifelhoffer, MMR 2015, 161, 164-165; Fehling (Fn. 29), § 59 Rn. 94, 144.

⁷⁵ Schuler-Harms, Rundfunkaufsicht im Bundesstaat, 1995, S. 56; Rossen-Stadtfeld (Fn. 72), § 25 RStV Rn. 72.

⁷⁶ Zum damit vergleichbaren sogenannten „agency capturing“ in Bezug auf die USA vgl. grundlegend Bernstein, Regulating Business by Independent Commission, 1955, S. 74 ff.

⁷⁷ Dies könnte organisatorisch z.B. mittels einer externen Kommission vergleichbar mit der Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF) umgesetzt werden.

⁷⁸ Zur Übersicht gesetzgeberischer Handlungsoptionen vgl. Thum (Fn. 22), S. 176-182.

restriktiv auszugestalten sind.⁷⁹ Im Rahmen einer formellen Ausgestaltung kommt in Betracht, den Drei-Stufen-Test (§ 11f III-VI RStV) auf sämtliche öffentlich-rechtliche Angebote auszudehnen.⁸⁰ Der Drei-Stufen-Test ist darauf ausgerichtet, dass öffentlich-rechtliche Angebote im Marktvergleich einen publizistischen Mehrwert leisten. So könnte der Drei-Stufen-Test auch für klassische Rundfunkprogramme die Marginalisierung von Informations- und Bildungsformaten aufhalten. Zum anderen sollte § 11e II RStV durch verschärfte externe Rechenschaftspflichten gegenüber Parlament und Öffentlichkeit ergänzt werden.⁸¹ Denn Ziel muss es sein, mit der Öffentlichkeit in einen strukturierten Dialog über die Programmerfüllung einzutreten. Das bezweckt eine strengere Selbstüberprüfung der Anstalten hinsichtlich ihrer Programmgestaltung und stärkt ihre öffentliche Akzeptanz. Rechenschaft müsste insbesondere in Bezug auf den (qualitativen) Abstand zu privaten Formaten und den (quantitativen) Anteil zwischen informativen und unterhaltenden Formaten zu zuschauerarmen und -starken Zeitfenstern abgelegt werden. Ferner sollte die Öffentlichkeit eingehend über die Programmentwicklungsplanung informiert werden.⁸²

F. Fazit

Es kann – trotz unterhaltungslastiger Privatprogramme und öffentlich-rechtlicher Marktanpassung – weder von Verdummung, noch von kommunikativer Verwahrlosung des Rundfunks gesprochen werden. Während die öffentlich-rechtliche Säule zentraler Garant für die Erfüllung des Bildungsauftrags ist, treffen den Privatrundfunk niedrigere Anforderungen. Postfaktische Tendenzen sind zwar in Deutschland noch nicht besonders ausgeprägt, verdeutlichen aber, wie gefährlich eine programmliche Meinungsarmut für die öffentliche Meinungsbildung sein kann. Deshalb muss der politische und kulturelle Bildungsauftrag weit verstanden und in Zukunft entsprechend reguliert werden.

⁷⁹ Vgl. *Fehling* (Fn. 29), § 59 Rn. 69; vgl. *Eifert*, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Kommentar zum Rundfunkrecht, 2018, § 11 RStV, Rn. 5 ff.

⁸⁰ Bislang gilt der Drei-Stufen-Test nur für Telemedienangebote.

⁸¹ Vgl. dazu *Bullinger* (Fn. 70), S. 112; *Hoffmann-Riem* (Fn. 5), S. 290.

⁸² Vgl. dazu *Hoffmann-Riem* (Fn. 5), S. 290-291.

Regina Wigand*

Die Privilegierung von Kronzeugen im deutschen Kartellrecht nach der 9. GWB-Novelle: rechtsdogmatische Analyse und rechtspolitische Bewertung

A. Einleitung

Nur wenige Wochen nach Inkrafttreten der 9. GWB-Novelle¹ berichtete der Spiegel über den womöglich größten Kartellfall der deutschen Industriegeschichte. Den fünf führenden Autoherstellern Audi, BMW, Daimler, Volkswagen und Porsche wird vorgeworfen, sich seit den 1990er Jahren kartellrechtswidrig über technische Normen abgestimmt zu haben.² Aufgedeckt wurden die Absprachen infolge eines Kronzeugenantrags des Autokonzerns Daimler, der dem Mitkartellanten VW im Wettlauf zur Kartellbehörde zuvorgekommen war.

Der Fall verdeutlicht, welche Schlüsselrolle der Kronzeuge in der Kartellrechtsdurchsetzung einnimmt. Für eine effektive Verfolgung von geheimen Kartellverstößen sind die Kartellbehörden auf Hinweise kooperierender Kartellanten angewiesen, die die Behörde mit internen Informationen versorgen. Insofern verwundert es nicht, dass der Kronzeuge zuweilen sogar als „heilige Kuh des Kartellrechts“³ bezeichnet wird.

Im Gegenzug müssen dem Kronzeugen Anreize für seine Kooperation gesetzt werden – doch in welchem Umfang und zu wessen Lasten? Vor der 9. GWB-Novelle hatte man diesbezüglich allein auf eine öffentlich-rechtliche Privilegierung des Kronzeugen in Form von Bußgeldbefreiungen und -reduktionen gesetzt. Das allein reicht aber nicht: Denn durch seine Einlassung exponiert sich der Kronzeuge nicht nur im behördlichen Bußgeldverfahren, sondern macht sich auch zur Zielscheibe privater Schadensersatzkläger.⁴ Wenn dem potentiellen Kronzeugen im Anschluss an seine Einlassungen zwar das Bußgeld erlassen wird, er aber mit horrenden Schadensersatzzahlungen rechnen muss, steht zu befürchten, dass er von einem Kronzeugenantrag absieht.

Um diese Anreizminderung bei gleichzeitiger Stärkung der Rechte von Kartellgeschädigten zu kompensieren, hat der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie⁵ neben der öffentlich-rechtlichen auch eine zivilrechtliche Privilegierung des Kronzeugen eingeführt.⁶

Seit der 9. GWB-Novelle sehen die §§ 33a – 33h GWB ein ausdifferenziertes Haftungssystem vor, das den Kronzeugen umfangreich vor privater Inanspruchnahme schützt.

Die vorliegende Arbeit untersucht die Privilegierung des Kronzeugen nach der 9. GWB-Novelle in rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Hinsicht: Wie sind die neuen Vorschriften auszulegen und anzuwenden? Was hat sich im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage geändert? Und können diese Veränderungen das Spannungsverhältnis zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung – sofern ein solches besteht – auflösen?

Zur Einordnung der Neuregelungen in den Gesamtkontext der öffentlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung wird zunächst die Funktionsweise des dualen Systems unter Ausblendung eines etwaigen Kronzeugen umrissen (B). Auch wenn es sich bei Fällen ohne Beteiligung eines Kronzeugen nicht um den statistischen Regelfall handelt,⁷ ist es doch der Grundfall des Regelungssystems. Im Hauptteil der Arbeit werden sodann die Besonderheiten durch die Privilegierung eines Kronzeugen herausgearbeitet und kritisch hinterfragt (C). Sofern sich dabei Beanstandungspunkte zeigen, werden Regelungsalternativen vorgeschlagen.

Untersuchungsgegenstand der aufgeworfenen Fragen ist deutsches Recht. Auf Europarecht wird nur insoweit zurückgegriffen, als dies die Auslegung der deutschen Vorschriften erfordert.

B. Das duale System der Kartellrechtsdurchsetzung

Das deutsche Kartellrecht verfügt über ein duales System der öffentlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung.⁸

I. Öffentliche Kartellrechtsdurchsetzung

Zentrales Instrument der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung sind Geldbußen (§ 81 GWB), deren Höhe kontinuierlich zunimmt.⁹ Dennoch bleiben die Bußgeldbeträge

* Die Autorin ist Studentin der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. I 2017, S. 1416.

² Dohmen/Hawranek, Das Auto-Syndikat, in: Der Spiegel 30/2017, S. 12, 14.

³ Milde, Schutz des Kronzeugen im Spannungsfeld von behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung und privaten Schadensersatzklagen, S. 292.

⁴ Krüger, Kartellregress, Der Gesamtschuldnerausgleich als Instrument der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, 2010, S. 298; Milde (Fn. 3), S. 24, 33; Bien, EuZW 2011, 889, 890; Vollrath, NZKart 2013, 434, 443.

⁵ Richtlinie 2014/104/EU vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. EG L 349, S. 1.

⁶ BT-Drucks. 18/10207, S. 59 ff.; Richtlinie 2014/104/EU (Fn. 5), Erwä-

gungsgrund 38.

⁷ Laut einer Email-Auskunft des BKartA vom 9. August 2017 beruhen aktuell gut die Hälfte aller Kartellverfahren auf Hinweisen von Kronzeugen.

⁸ Der Vollständigkeit halber seien auch strafrechtliche Sanktionen von Kartellverstößen erwähnt, die sich in Deutschland auf die Ausführung wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen beschränken (§ 298 StGB). Sie gehören daher nicht zum „Standardinstrumentarium“ bei Kartellrechtsverstößen, so Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010, S. 300 (dortige Fn. 18).

⁹ BKartA, Erfolgreiche Kartellverfolgung, Nutzen für Wirtschaft und Verbraucher, 2016, S. 8; Emmerich, Kartellrecht, Ein Studienbuch, 2014, § 43 Rn. 20, 24.

hinter den vermuteten volkswirtschaftlichen Schäden durch Kartelle zurück, sodass sich Kartelle nach wie vor „lohn-
nen“¹⁰ – wäre da nicht die private Kartellrechtsdurchsetzung.

II. Private Kartellrechtsdurchsetzung

Neben die behördliche Aufsicht tritt die private Kartellrechtsdurchsetzung, die als zweite tragende Säule der Kartellrechtsdurchsetzung zunehmend an Bedeutung gewinnt.¹¹

Im Kontext der 9. GWB-Novelle spielt der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch nach § 33a I GWB eine besondere Rolle. Er wurde maßgeblich durch die sog. Jedermann-Rechtsprechung¹² des EuGH geprägt, der im Fall *Courage* den Grundsatz entwickelte, dass jedermann für seine Kartellschäden entschädigt werden soll.¹³ Das Urteil markiert den Beginn einer Aufwertung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in Europa.¹⁴ Zuletzt wurden auch im Zuge der 9. GWB-Novelle diverse Neuregelungen eingeführt, um die Position des Schadensersatzklägers zu stärken.

1. Kartellverstoß

Der deliktsrechtliche Schadensersatzanspruch aus § 33a I GWB setzt einen schuldhaften Kartellverstoß, also wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen, voraus (§§ 33a I, 33 I GWB i.V.m. § 1 GWB, Art. 101 AEUV).

2. Schaden

Da der Nachweis des Schadens für den Kartellgeschädigten regelmäßig mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, erleichtert die 9. GWB-Novelle die Beweisführung durch die widerlegliche Vermutung, dass Kartelle (§ 33a II 2, 3 GWB) einen Schaden verursachen. Vermutet werden also die Existenz eines Schadens und dessen Verursachung durch ein Kartell (Kausalität), nicht aber die Schadenshöhe.¹⁵

3. Gesamtschuldnerische Haftung

Bei Kartellschadensersatzansprüchen haften die Kartellanten gemäß § 33d I 1 GWB als Gesamtschuldner. Der Geschädigte kann sich also für den gesamten Ausgleich seines Schadens den solventesten Kartellanten aussuchen, der dann die Mitkartellanten in Regress nimmt. Dies unterstreicht

das Ziel der Effektivierung des kartellrechtlichen Schadensersatzes.¹⁶ Die für das Kartellrecht typische Vielzahl von Verfahrensbeteiligten beeinträchtigt nicht die Durchsetzung der Ansprüche des Geschädigten.

Im Innenausgleich unter den Kartellanten (Kartellregress) bestimmen sich die gesetzlichen Haftungsanteile nach den Umständen und insbesondere nach dem Maß der Schadensverursachung (§ 33d II 1 GWB).¹⁷ Bei einer einzelfallbezogenen Gesamtschau sind in europarechtskonformer Auslegung die Kriterien Umsatz, Marktanteil und Rolle im Kartell¹⁸ der Kartellschadensersatzrichtlinie (Art. 11 V 1 RL 2014/104/EU) heranzuziehen.¹⁹

III. Wechselwirkung

Die öffentliche und private Kartellrechtsdurchsetzung stehen nicht etwa alternativ nebeneinander, sondern bedingen, fördern und ergänzen sich gegenseitig. Das zweispurige System kann zielgenau und flexibel auf unterschiedliche Kartellverstöße reagieren und dabei von den spezifischen Vorzügen der jeweiligen Durchsetzungsvariante profitieren:

Über die Bindungswirkung aus § 33b GWB profitieren private Kläger von vorausgehenden Behördenentscheidungen, da ihnen der schwierige Nachweis eines Kartellverstoßes erspart bleibt.²⁰ Die Vorschrift ebnet den Weg für sog. *follow-on*-Klagen, die von Geschädigten im Anschluss an Bußgeldentscheidungen der Kartellbehörden erhoben werden.²¹

Umgekehrt können auch Behörden von den Hinweisen Privater profitieren, die als Marktakteure besonders gut in der Lage sind, Veränderungen im Marktgeschehen zu erkennen. Zudem haben Private ein vitales Eigeninteresse an der Kompensation ihrer wirtschaftlichen Nachteile und werden daher keine Bemühungen scheuen, Verletzungen zu erkennen und geltend zu machen²² – Private sind immer noch „die besten Kartellwächter“.²³ In dieser zwangsläufig doppelten Wirkweise privater Ansprüche liegt der Grundgedanke des *private enforcement*: Obwohl private Schadensersatzkläger zunächst nur die Kompensation individueller wirtschaftlicher Nachteile erstreben,²⁴ erhöhen sie zugleich auch die Durchsetzungskraft des öffentlichen Wettbewerbsrechts.²⁵ Das öffentliche Interesse wird mit den Mitteln des Privatrechts verfolgt.²⁶

¹⁰ So Emmerich (Fn. 9), § 43 Rn. 20, 24.

¹¹ Emmerich (Fn. 9), § 7 Rn. 8; Lübbig, in: Bornkamm/Montan/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band II, 2015, § 33 Rn. 1.

¹² EuGH, Rs. C.253/00 – *Courage und Crehan*, Slg. 2001, I-2697; Rs. C-295-298/04 – *Manfredi*, Slg. 2006, I-6619.

¹³ EuGH, *Courage und Crehan* (Fn. 12), Rn. 26.

¹⁴ EuGH, *Manfredi* (Fn. 12), Rn. 60 f., 90 f.; BGHZ 190, 145; *Europäische Kommission*, Weißbuch: Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, S. 2 ff.; Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. I 2005, S. 1954.

¹⁵ Kersting, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, Kartellschadensersatz – Digitale Ökonomie – Fusionskontrolle – Bußgeldrecht – Verbraucherschutz, 2017, Kap. 7 Rn. 46.

¹⁶ Krüger, NZKart 2013, 483; Vollrath, NZKart 2013, 434, 443.

¹⁷ Dworschak/Maritzen, WuW 2013, 829, 841f.; Kersting/Preuß, WUW1211285, L1, L6.

¹⁸ Zu einer detaillierten Bewertung dieser und anderer Kriterien siehe: Legner, WRP 2014, 1163, 1164 f.; Schwenke, NZKart 2015, 383, 385 ff.; Gänswein, NZKart 2016, 50, 51ff.

¹⁹ Legner, WRP 2014, 1163, 1167; Kersting/Preuß, WUW1211285, L1, L6.

²⁰ Alexander (Fn. 8), S. 302, 306; Klumpe/Thiede, NZKart 2017, 332, 333.

²¹ Vor einer Bußgeldentscheidung der Kartellbehörde besteht die Möglichkeit, eine sog. *stand-alone*-Klage zu erheben.

²² Alexander (Fn. 8), S. 304.

²³ Emmerich (Fn. 9), § 40 Rn. 3.

²⁴ Hösch, Der schadensrechtliche Innenausgleich zwischen Kartellrechtsverletzern, 2015, S. 52; *Europäische Kommission*, Weißbuch 2008 (Fn. 14), S. 3.

²⁵ EuGH, *Courage und Crehan* (Fn. 12), Rn. 26 f.

²⁶ Hösch (Fn. 24), S. 52.

Schließlich gilt: Je größer das Bündel möglicher Sanktionen, desto größer der Abschreckungseffekt.²⁷

Wenngleich die Herausforderung der gegenseitigen Abstimmung bleibt,²⁸ zeigt diese erste Bestandsaufnahme, dass öffentliche und private Kartellrechtsdurchsetzung grundsätzlich harmonisch interagieren und sich dabei sogar fördern und ergänzen. Es bleibt abzuwarten, wie sich dieses Zusammenspiel verändert, wenn es um die Privilegierung eines Kronzeugen geht.

C. Die Privilegierung des Kronzeugen

Der Kronzeuge nimmt bei der Kartellrechtsaufklärung und daher auch im Sanktionssystem des Kartellrechts eine Sonderstellung ein. Als Anreiz für seine Aufklärungsbeiträge ist er jetzt sowohl bei der öffentlichen als auch bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung privilegiert: Konnte er bisher nur mit dem Erlass oder der Reduktion von Bußgeldern rechnen, so ist er seit der 9. GWB-Novelle auch umfangreich vor privater Inanspruchnahme durch Schadensersatzklagen geschützt.

I. Öffentlich-rechtliche Privilegierung

In Anlehnung an die *Leniency Rules* der Europäischen Kommission²⁹ hat das Bundeskartellamt (BKartA) im Jahr 2000 die sog. Bonusregelung³⁰ eingeführt. Diese sieht auf Grundlage des § 81 VII GWB Kronzeugenprogramme vor, durch die Bußgelder erlassen oder ermäßigt werden können.

Für einen vollen Bußgelderlass muss sich der Kronzeuge als erster Kartellbeteiligter an das BKartA wenden³¹ und darf weder Anführer des Kartells sein noch andere zur Teilnahme gezwungen haben.³² Zudem muss er das BKartA in die Lage versetzen, einen Durchsuchungsbeschluss zu erwirken³³ oder, sofern dieser schon erfolgt ist, Beweismittel für den Nachweis der Tat liefern.³⁴

Liegen die Voraussetzungen für einen Bußgelderlass nicht vor, kommt subsidiär eine Bußgeldreduktion in Betracht, wenn der Kronzeuge (nur) zusätzliche Beiträge zum Nachweis der Tat leistet. Der Umfang der Reduktion richtet sich nach dem Nutzen der Aufklärungsbeiträge und der Reihenfolge der Anträge und ist auf 50% der eigentlich zu entrichtenden Geldbuße begrenzt.³⁵

Der Nutzen von Kronzeugenprogrammen ist inzwischen allgemein anerkannt.³⁶ Auch aus praktischer Sicht erfüllen Kronzeugenprogramme die an sie gestellten Erwartungen. So hat sich die Zahl der durch das BKartA aufgedeckten Kartelle in den ersten zehn Jahren nach Einführung der Bonusregelung gegenüber den 1990er Jahren verdreifacht.³⁷ Jüngst ergab eine Anfrage beim BKartA, dass aktuell gut die Hälfte aller Kartellverfahren auf Hinweisen von Kronzeugen beruhen.³⁸ Auch ökonomische Studien stellten in 23 OECD-Ländern signifikante positive Effekte der Kronzeugenregelung für die Wettbewerbsintensität fest.³⁹ Die empirischen Daten bestätigen ein starkes öffentliches Interesse an einem möglichst umfassenden Schutz der Kronzeugen. Zivilrechtliche Folgen eines Kartellverstößes bleiben aber von der Bonusregelung unberührt,⁴⁰ sodass hier anderweitiger Regelungsbedarf besteht.

II. Zivilrechtliche Privilegierung nach der 9. GWB-Novelle

Im Zuge der 9. GWB-Novelle wurde die Privilegierung des Kronzeugen vom Bußgeldrecht auf das Kartellschadensersatzrecht ausgedehnt. Schwerpunktartig modifiziert § 33e GWB die gesamtschuldnerische Haftung sowohl im Außen- als auch im Innenverhältnis zugunsten des ersten Kronzeugen.⁴¹ Als Ausgangspunkt für die Anwendung der neuen Vorschrift ist auf Grundlage des Zielkonflikts der 9. GWB-Novelle ein Auslegungsmaßstab zu bestimmen. Auf Basis dieser Erwägungen werden die neuen Privilegierungen sodann in ihre einzelnen Bestandteile zerlegt, rechtsdogmatisch analysiert und kritisch hinterfragt.

1. Zielkonflikt und Auslegungsmaßstab

Zur Ermittlung eines Auslegungsmaßstabs für die Kronzeugenprivilegierungen der 9. GWB-Novelle ist es unabdingbar, deren durchaus ambivalente rechtspolitische Zielsetzung zu durchdringen. Einerseits bezweckt die 9. GWB-Novelle die Stärkung der Durchsetzung privater Schadensersatzklagen,⁴² andererseits möchte sie ökonomische Anreize für Bonusanträge setzen.⁴³

Die Entscheidung, einen Bonusantrag zu stellen, beruht auf wirtschaftlichen Erwägungen, die Kostenvorteile und -risiken gegeneinander abwägen.⁴⁴ Daher besteht die berechnete Sorge, dass der Anreiz der verminderten Bußgeldzahlung durch drohende Schadensersatzforderungen

²⁷ Alexander (Fn. 8), S. 301; Europäische Kommission, Weißbuch 2008 (Fn. 14), S. 3.

²⁸ Näher dazu: Alexander (Fn. 8), S. 302.

²⁹ Inzwischen: Europäische Kommission, Mitteilung 2006/C 298/11 über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen.

³⁰ Inzwischen: BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen, Bonusregelung vom 7. März 2006.

³¹ BKartA, Bonusregelung (Fn. 30), Rn. 3 Nr. 1, Rn. 4 Nr. 1.

³² BKartA, Bonusregelung (Fn. 30), Rn. 3 Nr. 3, Rn. 4 Nr. 3.

³³ BKartA, Bonusregelung (Fn. 30), Nr. 2.

³⁴ BKartA, Bonusregelung (Fn. 30), Rn. 4 Nr. 2.

³⁵ BKartA, Bonusregelung (Fn. 30), Rn. 5.

³⁶ EuGH, RS C-360/09 – *Pfleiderer*, Slg. 2011, I-5161, Rn. 25, *Hempel*, EuZW 2013, 586, 590; BKartA, Erfolgreiche Kartellverfolgung (Fn. 9), S. 9.

³⁷ BKartA, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2009/2010 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, S. 16.

³⁸ Email-Auskunft des BKartA vom 9. August 2017.

³⁹ Klein, Cartel Destabilization and Leniency Programs Empirical Evidence, ZEW Discussion Paper No. 10-107, 2010, S. 13 ff.

⁴⁰ BKartA, Bonusregelung (Fn. 30), Rn. 24.

⁴¹ Daneben schützt § 33g IV GWB Kronzeugenerklärungen umfangreich vor privater Einsichtnahme, indem er sie von dem Herausgabe- und Auskunftsanspruch aus § 33g GWB ausschließt.

⁴² BT-Drucks. 18/10207, S. 1 ff.

⁴³ BT-Drucks. 18/10207, S. 70.

⁴⁴ Schwalbe/Höft, in: FS Möschel, S. 597, 623 f.

konterkariert wird.⁴⁵

Dieser Abschreckungseffekt setzt sich aus zwei Komponenten zusammen.⁴⁶ Für den Kronzeugen besteht nicht nur das Risiko, überhaupt, sondern auch zuerst, also vor den anderen Kartellbeteiligten, in Anspruch genommen zu werden (*first mover disadvantage*⁴⁷). Tatsächlich stellt der Kronzeuge regelmäßig das bevorzugte Klageziel dar, da die Tatsachengrundlage und Beweislage ihm gegenüber am belastbarsten ist und mit Bestandskraft der Behördenentscheidung die Bindungswirkung für den Zivilprozess frühzeitig eintritt.⁴⁸ Zwar hat der Kronzeuge Freistellungs- und Regressansprüche gegen seine Mitkartellanten, doch muss er als (bisher) unbeschränkt haftender Gesamtschuldner zunächst in Vorlage treten und trägt damit deren Ausfallrisiko.⁴⁹

Diese Abschreckungswirkung wird durch die Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung durch die 9. GWB-Novelle (§§ 33a II 1, 33c II, IV, 33g I, II, X GWB) noch einmal verstärkt, denn je einfacher die Durchsetzung privater Kartellschadensersatzansprüche, desto geringer die Attraktivität der Kronzeugenprogramme.⁵⁰

Es besteht also der dringende Bedarf nach einer zivilrechtlichen Privilegierung durch den Kronzeugen. Fraglich ist aber, zu wessen Lasten diese Privilegierung ausfallen soll. Die diskutierten Ansätze der durch die Privilegierung eines Gesamtschuldners gestörten Gesamtschuld sehen eine Lösung zu Lasten des Haftungsbegünstigten, der Geschädigten oder der Mitschädiger vor.⁵¹

Für das Verhältnis zwischen Kronzeuge und Kartellgeschädigtem kommt der Zielkonflikt innerhalb der 9. GWB-Novelle zum Tragen: Das im Grundsatz harmonische Zusammenspiel von privater und öffentlicher Kartellrechtsdurchsetzung wandelt sich bei Hinzutreten eines Kronzeugen zu einem Spannungsverhältnis. Vollumfängliche Schadensersatzansprüche beschränken durch eine Abschreckungswirkung die Kartellrechtsaufdeckung mithilfe von Kronzeugen, umgekehrt stellt jede Kronzeugenprivilegierung einen erheblichen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützten Rechte der Geschädigten dar (Art. 14 GG).⁵²

Paradoxerweise besteht der Zielkonflikt nicht nur zwischen den beiden Ebenen der Kartellrechtsdurchsetzung, sondern auch innerhalb jeder einzelnen Durchsetzungsebene: Auf öffentlicher Ebene sollen Unternehmen nicht nur repressiv durch Bußgelder sanktioniert, sondern auch präventiv

durch die Abschreckungswirkung privater Schadensersatzklagen von Kartellabsprachen abgehalten werden.⁵³ Umgekehrt ist der Kronzeugenantrag auch auf privater Ebene ein Erfolgsfaktor für *follow-on*-Klagen, da diese für die Geltendmachung ihrer Ansprüche auf die Bindungswirkung behördlicher Feststellungen von Kartellverstößen angewiesen sind (§ 33b GWB). So geht ein Absinken der behördlichen Kartellaufdeckungsquote nicht nur zulasten der Wettbewerbsbehörden, sondern auch zulasten der Kartellgeschädigten.⁵⁴

In diesen Spannungsfeldern gilt es, eine möglichst weitreichende Kronzeugenprivilegierung bei minimaler Beeinträchtigung der Rechte Geschädigter zu erreichen.

Wie beide Ziele im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung optimal verwirklicht werden können, liegt auf der Hand: Die Mitkartellanten des Kronzeugen sind bereits durch ihre Beteiligung an dem Kartell das Risiko eines Kronzeugenanspruchs eingegangen und ohnehin als Mitschädiger weit weniger schutzwürdig als die Kartellgeschädigten.⁵⁵ Ihnen ist es daher zumutbar, auch die gesamten Kosten der Kronzeugenprivilegierung zu tragen.⁵⁶ Die 9. GWB-Novelle scheint eher einen Mittelweg zu gehen und die Lasten auf mehrere Schultern zu verteilen.⁵⁷ Daher sind Privilegierungen zumindest dahingehend auszulegen, dass sie zulasten der nicht privilegierten Mitschädiger und nicht zulasten der Geschädigten ausfallen.⁵⁸ Mit anderen Worten: Privilegierungen im Außenverhältnis sind restriktiv und solche im Innenverhältnis extensiv auszulegen.

2. Haftungsprivilegierung (§ 33e GWB)

Für die Haftungsprivilegierung nach § 33e GWB ist der Begriff Kronzeuge definiert als die Person, der „im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der vollständige Erlass der Geldbuße gewährt wurde“ (§ 33e I 1 GWB). Geschützt ist also nach dem Alles-oder-Nichts-Prinzip nur der erste Antragsteller. Damit weicht die Haftungsprivilegierung zwar von der abgestuften Privilegierung bei der Bußgeldbemessung ab,⁵⁹ wahrt aber das Gebot der Erforderlichkeit. Während das Kartell ohne den ersten Kronzeugen nicht aufgedeckt werden kann, bringen die anderen nur zusätzliches Beweismaterial und sind daher nicht unerlässlich.⁶⁰

⁴⁵ Mackenrodt, in: Kersting/Podszun (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle, Kartellschadensersatz – Digitale Ökonomie – Fusionskontrolle – Bußgeldrecht – Verbraucherschutz, Kap. 8 Rn. 25; Krüger (Fn. 4), S. 298; Milde (Fn. 3), S. 25.

⁴⁶ Dworschak/Maritzen, WuW 2013, 829, 840 f.

⁴⁷ Krüger (Fn. 4), S. 298; Milde (Fn. 3), S. 33.

⁴⁸ Krüger (Fn. 4), S. 298; Milde (Fn. 3), S. 33; Bien, EuZW 2011, 889, 890; Schwalbe/Höft (Fn. 44), S. 597, 626 f.; Vollrath, NZKart 2013, 434, 443.

⁴⁹ Mackenrodt (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 25.

⁵⁰ Bien, EuZW 2011, 889, 889.

⁵¹ Grüneberg, in: Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 2017, § 426 Rn. 18; Gänswein, NZKart 2016, 50, 54.

⁵² Koch, JZ 2013, 390, 393; K. Schmidt, FS Roth, S. 520, 527; Krüger, WuW 2017, 229, 231.

⁵³ Richtlinie 2014/104/EU (Fn. 5), Erwägungsgrund 38.

⁵⁴ Milde (Fn. 3), S. 33, 291; Dworschak/Maritzen, WuW 2013, 829, 831; Krüger, NZKart 2013, 483, 483; Dose, VuR 2017, 297, 298.

⁵⁵ Zur geschädigtenfreundlichen Tendenz des EuGH siehe: EuGH, *Courage und Crehan* (Fn. 12), Rn. 26; *Manfredi* (Fn. 12), Rn. 60 f., 90 f.; RS C-360/09 – *Pfleiderer*, Slg. 2011, I-5161, Rn. 28 ff.; dagegen nimmt *Bien* auch die Mitschädiger in Schutz, EuZW 2011, 889.

⁵⁶ Vgl. *Alexander* (Fn. 8), S. 422; Dworschak/Maritzen, WuW 2013, 829, 841; Kersting, JZ 2013, 737, 739.

⁵⁷ Hösch (Fn. 24), S. 419.

⁵⁸ Vgl. Krüger, WuW 2017, 229, 231.

⁵⁹ Für eine Privilegierung sowohl bei Erlass als auch bei Reduktion plädiert Kersting, JZ 2013, 737, 739; Koch, JZ 2013, 390, 393.

⁶⁰ Krohs, in: Busche/Röhling (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band I (§§ 1-34a GWB), 2017, GWB § 33 Rn. 298; Dworschak/Maritzen, WuW 2013, 829, 842; Krüger, NZKart 2013, 483, 486.

a) Außenverhältnis

Im Außenverhältnis erstreckt sich die Haftung des Kronzeugen auf denjenigen Schaden, der seinen Geschäftspartnern aus dem Verstoß entsteht (§ 33e I 1 GWB). Gegenüber allen anderen Geschädigten kommt nur eine Ausfallhaftung nach vergeblicher Inanspruchnahme der anderen Kartellanten in Betracht (§ 33e I 2 GWB). Da der deliktische Kartellschadensersatzanspruch daher ausnahmsweise nicht unabhängig von vertraglichen Beziehungen besteht,⁶¹ bietet es sich an, nach Personengruppen zu differenzieren.

aa) Geschäftspartner des Kronzeugen (§ 33e I 1 GWB)

Es ist umstritten, ob sich der Haftungsumfang des Kronzeugen gegenüber seinen mittelbaren und unmittelbaren Abnehmern oder Lieferanten vertrags- oder personenbezogen bestimmt. Erfasst § 33e I 1 GWB nur Schäden aus den konkreten Vertragsbeziehungen zum Kronzeugen oder sogar den Gesamtschaden des Geschäftspartners? Letztlich geht es darum, wer das Ausfallrisiko der anderen Kartellanten trägt.

Für eine personenbezogene Anknüpfung spricht bereits der klare Wortlaut des § 33e I 1 GWB in systematischer Abgrenzung zu § 33e III 1 GWB. Während Absatz 3 für die Haftungsbeschränkung im Innenverhältnis auf die Verursachung des Schadens durch den Kronzeugen abstellt, fordert Absatz 1 gerade unabhängig von etwaigen Verursachungsbeiträgen nur, dass aus dem Verstoß ein Schaden entstanden ist.⁶² Einer wortlautnahen Auslegung zufolge haftet der Kronzeuge im Außenverhältnis seinen Geschäftspartnern gegenüber für deren vollen Schaden, selbst wenn der Geschädigte zugleich Geschäftspartner eines Mitkartellanten ist.

Diesen Umstand greifen Befürworter einer vertragsbezogenen Anknüpfung für ein teleologisches Argument auf: Bereits eine einzige Austauschbeziehung zum Kronzeugen lasse dessen Privilegierung im Außenverhältnis vollständig entfallen.⁶³ Ob ein Vertragspartner zufällig auch Vertragsbeziehungen zu Wettbewerbern unterhält, sei für einen potentiellen Kronzeugen unabsehbar und die Schadenshöhe daher nicht einzuschätzen.⁶⁴ Die daraus resultierende Anreizminderung eines Kronzeugenantrags widerspräche dem Telos des in § 33e GWB, der gerade eine Stärkung der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung bezwecke.⁶⁵

Der Argumentationsansatz beruht auf berechtigten Erwägungen, erkennt aber den oben hergeleiteten Maßstab der restriktiven Auslegung von Privilegierungen im Außenverhältnis. Die Schutzwürdigkeit des geschädigten Geschäftspartners gebietet es, am Gläubigerwahlrecht (§ 33d I 1 GWB, § 421 BGB) festzuhalten,⁶⁶ statt den Kronzeugen zulasten seiner geschädigten Geschäftspartner aus der in

der Kartellschadensersatzrichtlinie⁶⁷ explizit vorgesehenen Gesamtschuld herauszulösen. Geschädigte Lieferanten und Abnehmer sollen ihren gesamten Schaden von demjenigen Schuldner zurückverlangen können, auf dessen Zahlungsfähigkeit sie sich bei Vertragsschluss verlassen haben.⁶⁸ Folglich haftet der Kronzeuge seinen Abnehmern gegenüber gemäß § 33e I 1 GWB ohne Privilegierung in voller Schadenshöhe. Die Berücksichtigung der Schadensverursachung im Innenregress bleibt davon freilich unberührt.

bb) Andere Geschädigte (§ 33e I 2 GWB)

Wie sich aus einem Gegenschluss zu § 33e I 2 GWB ergibt, ist der Kronzeuge gegenüber anderen Geschädigten als seinen Vertragspartnern grundsätzlich privilegiert. In systematischer Abgrenzung zu S. 1 handelt es sich dabei um Geschäftspartner der anderen Kartellbeteiligten oder um Preisschirmgeschädigte. Letztere sind Geschädigte, die kartellbefangene Ware zu einem überhöhten Preis von einem Kartellaußenseiter erworben haben, da wegen des Kartells die Preise im gesamten Markt gestiegen sind.

Nur ausnahmsweise können die Geschädigten subsidiär auch den Kronzeugen in Anspruch nehmen, wenn sie von den übrigen Rechtsverletzern keinen vollständigen Ersatz erlangen konnten (§ 33e I 2 GWB). Dies ist regelmäßig bei Insolvenz der Mitschädiger der Fall,⁶⁹ nicht aber bei einer Verjährung der Ansprüche gegen die Mitkartellanten. Indem § 33e II GWB diesen Fall von dem Anwendungsbereich der Ausfallhaftung ausnimmt, verhindert er eine Umgehung der Privilegierung durch missbräuchliches „Verjährenlassen“ anderer Ansprüche.⁷⁰ Umgekehrt stellt der späte Verjährungsbeginn der Ausfallhaftung nach § 33h VIII 1 Nr. 1 GWB sicher, dass der Anspruch der Geschädigten gegen den Kronzeugen nicht schon verjährt ist, wenn feststeht, dass sie von den übrigen Verletzern keinen Ersatz erlangen können.

(1) Teilweise Uneinbringlichkeit

Aus dem Attribut „vollständig“ geht hervor, dass die Ausfallhaftung bereits ausgelöst wird, wenn der Schaden nur teilweise uneinbringlich ist. Es stellt sich aber die Folgefrage, ob sich die Ausfallhaftung des Kronzeugen dann auf den vollen Schaden oder nur auf denjenigen Schaden erstreckt, der von den Mitkartellanten nicht erlangt werden konnte.

Diesbezüglich lässt sich der oben erörterte Auslegungsmaßstab einer engen Ausgestaltung des Kronzeugenprivilegs im Außenverhältnis auf den Ausgleichsanspruch übertragen. Bereits die Existenz der Ausfallhaftung spricht dafür, dass der Gesetzgeber hier dem Kompensationsinteresse des Geschädigten Vorrang gegenüber der Privilegierung des Kronzeugen einräumt. Offenbar soll der Kronzeuge statt des Geschädigten das Ausfallrisiko der Mitkartellanten tragen und dies sogar, wo sein Regressanspruch gegen die von dem Geschädigten bereits vergeblich in Anspruch genommenen

⁶¹ Mackenrodt (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 42; Krüger, NZKart 2013, 483, 484.

⁶² Vgl. Krüger, NZKart 2013, 483, 484.

⁶³ Mackenrodt (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 28 f., 40; Krüger, NZKart 2013, 483, 484.

⁶⁴ Europäische Kommission, Weißbuch 2008 (Fn. 14), S. 12.

⁶⁵ Krüger, NZKart 2013, 483, 484 f.; Schwenke, NZKart 2015, 383, 387 f.

⁶⁶ Krüger, NZKart 2013, 483, 486.

⁶⁷ Richtlinie 2014/104/EU (Fn. 5), Art. 11 IV.

⁶⁸ Vgl. BGH, NZKart 2013, 425, 429; Krüger (Fn. 4), S. 320; Krüger, NZKart 2013, 483, 486.

⁶⁹ Krohs, in: Busche/Röhling (Fn. 60), GWB § 33 Rn. 299; Krüger, NZKart 2013, 483, 484; Legner, WRP 2014, 1163, 1166.

⁷⁰ Krohs, in: Busche/Röhling (Fn. 60), GWB § 33 Rn. 300; Mackenrodt (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 51; Kersting/Preuß, WUW1211285, L1, L9.

Mitkartellanten regelmäßig keinen Erfolg haben wird.⁷¹ Dafür spricht auch der klare Wortlaut „wenn“,⁷² der im Gegensatz zu dem in Absatz 2 verwendeten „soweit“ auf eine Erstattung des vollen Betrags hindeutet.⁷³

Somit entfällt die Privilegierung bereits und zwar vollständig, wenn der Schaden von den übrigen Schädigern nur teilweise uneinbringlich ist.

(2) Beweislast

§ 33e I 2 GWB legt die Beweislast für die (teilweise) Uneinbringlichkeit des Schadens dem Geschädigten auf. Laut der Gesetzesbegründung muss er zumindest einmal eine Zwangsvollstreckung gegen jeden nicht privilegierten Schädiger versuchen.⁷⁴ Im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit des Geschädigten stößt diese Beweislastverteilung auf Bedenken.

Gerade in Anbetracht der strukturellen Informationsasymmetrie scheint es unzumutbar, dem Geschädigten das Ermittlungsrisiko der finanziellen Leistungsfähigkeit der Mittäter aufzubürden.⁷⁵ De facto macht die Beweislast es den Geschädigten nämlich unmöglich, den Kronzeugen in Anspruch zu nehmen. Von den Geschädigten zu verlangen, zuerst eine Vielzahl von Prozessen auszufeuchten und zu gewinnen, nur um dann auf Vollstreckungsebene Insolvenz festzustellen, ist praxisfern und unbillig.⁷⁶ Der Klagemarathon aus aussichtslosen Prozessen wird die Geschädigten faktisch ganz von einer Inanspruchnahme des Kronzeugen abhalten und damit die Ausfallhaftung wieder aufheben.⁷⁷

Da die Kartellschadensersatzrichtlinie den Mitgliedstaaten bezüglich der Beweislastverteilung einen Umsetzungsspielraum⁷⁸ gewährt, wäre es ein Leichtes gewesen, die Beweislast durch eine Negativ-Formulierung dem Kronzeugen aufzuerlegen und damit die Privilegierung im Außenverhältnis um ein weiteres Stück zurückzudrängen.⁷⁹

b) Innenverhältnis

Auch im Innenverhältnis nimmt der Kronzeuge eine haftungsrechtliche Vorzugsposition ein (§ 33e III GWB), sodass die in § 33d II 1 GWB vorgesehene Innenhaftung unter den Kartellanten modifiziert wird.

Die Haftungsbeschränkung soll sicherstellen, dass die im Außenverhältnis bestehende Privilegierung nicht durch den Innenregress wirtschaftlich unterlaufen und damit die Anziehungskraft von Kronzeugenprogrammen konterkariert wird.⁸⁰ Um die im Außenverhältnis gewährten Privilegierungen zu erhalten, müssen jene im Innenverhältnis mindestens deckungsgleich sein. Fallen die Innenprivilegierungen hinter den Außenprivilegierungen zurück, wird die Privilegierung quasi wieder aufgehoben. Gehen die Außenprivilegierungen dagegen über die Innenprivilegierungen hinaus, so wahren sie den Schutz der Geschädigten und stärken gleichzeitig die Anreizwirkung.

Ein Schwerpunkt der folgenden Analyse liegt demnach darauf, Parallelen und Unterschiede zur Privilegierung im Außenverhältnis und deren Auswirkungen aufzuzeigen. Demgemäß ist auch hier zwischen den Personengruppen zu differenzieren, von denen die Mitkartellanten zuvor im Außenverhältnis in Anspruch genommen wurden. Zur Verdeutlichung komplexer Rechts- und Rechenprobleme des Kartellregresses dient folgendes Fallbeispiel:⁸¹

S1, S2 und K treffen eine Preisabsprache, die unter anderem bei G einen Kartellschaden hervorruft. Infolge eines Kronzeugenantrags gewährt das BKartA dem K vollständigen Bußgelderlass. Nach Eintritt der Bestandskraft der Bußgeldbescheide nimmt G S1 auf vollen Schadensersatz in Höhe von 100 000 € in Anspruch. Die nach § 33d II 1 GWB errechneten Haftungsanteile betragen für S1 50%, für S2 10% und für K 40%. G sei zunächst Kunde des K (Variante 1), dann Preisschirmgeschädigter (Variante 2) und schließlich Kunde des S1 (Variante 3).

aa) Geschäftspartner des Kronzeugen (§ 33e III 1 GWB)

Bezüglich seiner eigenen Lieferanten und Abnehmer richtet sich der Ausgleichsbetrag, den der Kronzeuge dem in Anspruch genommenen Gesamtschuldner erstatten muss, grundsätzlich nach dem Haftungsanteil aus § 33d II GWB. Er ist aber gemäß § 33e III 1 GWB auf den Schaden begrenzt, den der Kronzeuge in der jeweiligen Vertragsbeziehung verursacht hat, also auf die Schadenshöhe, die dem relativen Lieferanteil des Kronzeugen an den vom konkreten Geschädigten erhaltenen kartellierten Produkten entspricht.⁸²

Damit wird der in § 33d II GWB und der Kartellschadensersatzrichtlinie⁸³ vorgesehene Strauß von Kriterien zur Ermittlung des Haftungsanteils allein auf das Verursachungskriterium beschränkt, sofern die nach allgemeinen Kriterien auf den Kronzeugen entfallende Haftungsquote nicht geringer als der Verursachungsanteil ist.⁸⁴ Im Gegensatz zum Außenverhältnis bestimmt sich die Höhe des vom Kronzeugen zu ersetzenden Schadens im Innenverhältnis also nicht personen-, sondern vertragsbezogen. Der Kronzeuge kommt

⁷¹ Mackenrodt (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 46, 75.

⁷² Die Formulierungen der Kartellschadensersatzrichtlinie sind diesbezüglich inkonsequent: Während die deutsche Fassung („wenn“) und die französische Fassung („lorsque“) für einen vollen Ausgleich sprechen, deutet die englische Fassung („only where“) darauf hin, dass die Haftung des Kronzeugen auf den ausgefallenen Betrag beschränkt ist.

⁷³ Kersting/Preuß, WUW1211285, L1, L8.

⁷⁴ BT-Drucks. 18/10207, S. 60.

⁷⁵ Klumpe/Thiede, NZKart 2017, 332, 335.

⁷⁶ Laut Krüger müsste der Geschädigte durchschnittlich mehrere Dutzend Prozesse führen, bevor er den Kronzeugen in Anspruch nehmen kann, NZKart 2013, 483, 486 (dortige Fn. 44).

⁷⁷ Kersting/Preuß, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie, Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, 2015, Rn. 128; Krüger, NZKart 2013, 483, 486; Kersting/Preuß, WUW1211285, L1, L9.

⁷⁸ Kersting/Preuß (Fn. 77), Rn. 127; Kersting/Preuß, WUW1211285, L1, L8.

⁷⁹ Kersting/Preuß (Fn. 77), Rn. 127.

⁸⁰ Mackenrodt (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 55; Kersting/Preuß, WUW1211285, L1, L9; BT-Drucks. 18/10207, S. 60.

⁸¹ Das Beispiel ist angelehnt an: Mackenrodt (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 71; Gänswein, NZKart 2016, 50, 53.

⁸² Schwenke, NZKart 2015, 383, 387 f.

⁸³ Richtlinie 2014/104/EU (Fn. 5), Art. 11 V 1.

⁸⁴ Schwenke, NZKart 2015, 383, 387 f.; Gänswein, NZKart 2016, 50, 53.

also nicht für den gesamten Schaden, sondern nur für seinen Verursachungsbeitrag auf.

In Variante 1 würde K dem S1 eigentlich Innenregress in Höhe von 40% des Gesamtschadens, also 40 000 € schulden. Hat er aber nur 30% des Schadens von G verursacht, ist seine konkrete Haftungsquote auf 30 000 € begrenzt (§ 33e III 1 GWB).

Damit besteht im Innenverhältnis auch bei Schäden der Geschäftspartner des Kronzeugen eine (Teil-)Privilegierung – nicht zulasten der Geschädigten, sondern zulasten der Mitschädiger.

bb) Preisschirmgeschädigte (§ 33e III 2 GWB)

Nach § 33e III 2 GWB gilt die Haftungsbegrenzung aus S. 1 gerade nicht für Preisschirmschäden.

In Variante 2 haftet der nicht privilegierte K also ganz normal in Höhe seines Haftungsanteils (40%). Somit schuldet er S1 Innenregress in Höhe von 40 000 €. Hätte G im Außenverhältnis K statt in S1 in Anspruch genommen, würde dieser allenfalls subsidiär für den Ausfall von S1 oder S2 haften (§ 33e I 2 GWB).

Somit wird die Privilegierung im Außenverhältnis wirtschaftlich im Innenverhältnis wieder aufgehoben. Ein minimaler Anreiz der Außenprivilegierung bleibt zwar erhalten, da der Kronzeuge immerhin nicht das Prozesskosten- und Insolvenzrisiko des Innenregresses tragen muss.⁸⁵ Dennoch erscheint es widersinnig und willkürlich, die Privilegierung des Kronzeugen von der zufälligen Entscheidung des Preisschirmgeschädigten abhängig zu machen, an welchen der Kartellanten er sich zuerst wendet.

Hier hätte der (europäische) Gesetzgeber besser damit getan, den Kronzeugen auch im Innenverhältnis zu privilegieren.⁸⁶ Damit hätte er, ohne die Rechte der Preisschirmgeschädigten zu beschneiden, die Rechtssicherheit und damit die Anreizwirkung für Kronzeugen wesentlich erhöht.

cc) Geschäftspartner der Mitkartellanten (§ 33e III 1 GWB)

Die Abnehmer und Lieferanten der Mitkartellanten finden in dem den Innenregress betreffenden Absatz 3 gar keine Erwähnung. Gerade dies gibt Aufschluss über eine vom Gesetzgeber intendierte Privilegierung.⁸⁷ Denn Absatz 3 führt alle Personengruppen auf, für deren Schäden der Kronzeuge überhaupt Innenregress schuldet – entweder in vollem oder in begrenztem Umfang. Soll der Kronzeuge selbst für Schäden seiner eigenen Geschäftspartner nur in Höhe seines Verursachungsbeitrags haften, so ergibt sich im Gegenschluss, dass er bezüglich der unerwähnten Geschäftspartner seiner Mitkartellanten gar nicht haftet.⁸⁸

In Variante 3 schuldet der privilegierte K also keinen Innenregress.

Die Privilegierung im Innen- und Außenverhältnis laufen hier also, abgesehen von der Ausfallhaftung nach § 33e I 2 GWB, parallel. Eine solche ist für den innenprivilegierten Kronzeugen nicht spezialgesetzlich vorgesehen, sodass die Privilegierung den Kronzeugen auch vor der allgemeinen Ausfallhaftung nach § 33d II 2 GWB i.V.m. § 426 I 2 BGB schützt.⁸⁹

Auch hier greift die Innenprivilegierung also berechtigterweise etwas weiter als die Außenprivilegierung, da die Ausfallhaftung im Außen- und Innenverhältnis unterschiedliche Schutzfunktionen hat. Soll sie im Außenverhältnis den Geschädigten davor bewahren, gar keinen Ersatz zu erlangen, so geht es im Innenverhältnis nur um die Verteilung des Ausfallrisikos unter den restlichen Mitschädigern.

dd) Innenausgleich der nicht privilegierten Gesamtschuldner

Fällt der Kronzeuge wegen einer Privilegierung ganz oder teilweise aus dem Innenregress heraus, erfährt die Innenhaftung der übrigen Gesamtschuldner eine Modifikation.

Der verbleibende, vom Kronzeugen nicht zu zahlende Betrag ist von den verbleibenden Gesamtschuldnern zu tragen, aber nicht „zu gleichen Anteilen“, wie es die allgemeinen Vorschriften zur Gesamtschuld für den Wegfall eines Mitschädigers vorsehen (§ 426 I 1 BGB). Dieses sog. Kopfteilprinzip nimmt § 33d II 2 GWB, der gerade nicht auf § 426 I 1 BGB verweist, bewusst aus.⁹⁰ Somit bleibt es bei einer Aufteilung des Restbetrags nach den gemäß § 33d II 1 GWB errechneten relativen Haftungsanteilen.

In Variante 1 ist der Haftungsbeitrag des K in Höhe von 10 000 € entfallen und wächst daher den übrigen Gesamtschuldnern anteilig an. Das Verhältnis der Haftungsanteile von S1 (50%) und S2 (10%) beträgt 5 zu 1. Damit trägt S1 fünf Sechstel der entfallenen 10 000 € (8 333,34 €) und S2 ein Sechstel (1 666,67 €). Insgesamt schuldet S2 dem S1 also 11 666,67 €. S1 selbst trägt 58 333,34 € des Schadens.

Für Variante 2 ergeben sich mangels Privilegierung des K keine Besonderheiten für den Innenausgleich, jeder haftet in Höhe seines Haftungsanteils.

Variante 3 liegt wie Variante 1: Die wegen der vollen Privilegierung des K entfallenen 40 000 € verteilen sich anteilig auf S1 und S2. S1 trägt daher insgesamt 83 333,34 € und S2 16 666,67 € des Gesamtschadens.

c) Bewertung

§ 33e GWB modifiziert das Haftungssystem des § 33a GWB erfolgreich dahingehend, dass die Privilegierung des Kronzeugen weitgehend zulasten der nicht privilegierten Mitkartellanten ausfällt.

⁸⁵ Mackenrodt (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 63.

⁸⁶ Krüger, NZKart 2013, 483, 487.

⁸⁷ So auch BT-Drucks. 18/10207, S. 60.

⁸⁸ Mackenrodt (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 65.

⁸⁹ Mackenrodt (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 77.

⁹⁰ Kersting/Preuß, WUW1211285, L1, L6.

Zu beanstanden ist insbesondere die Beweislastverteilung bezüglich des Eintritts der Ausfallhaftung im Außenverhältnis (§ 33e I 2 GWB) und die volle Haftung für Preisschirmschäden im Innenverhältnis (§ 33e III 1 GWB). Während erstere die Geschädigten übermäßig belastet, hebt letztere die Außenprivilegierung gegenüber Preisschirmgeschädigten faktisch wieder auf.

Darüber hinaus leuchtet nicht ein, dass die Privilegierung nach Personengruppen differenziert.⁹¹ Wenngleich Abnehmer und Lieferanten in besonderem Maße auf die Zahlungsfähigkeit ihres Geschäftspartners vertraut haben, kommt es im Deliktsrecht gerade nicht auf Vertragsbeziehungen an. Vielmehr sollte sich jedermann⁹² zum Ersatz seiner Kartellschäden den solventesten Schuldner aussuchen können.⁹³ Um die Rechtstellung aller Geschädigten unberührt zu lassen, wäre es daher vorzugswürdig, die Kronzeugenprivilegierung allein auf das Innenverhältnis zu beschränken.⁹⁴ Der Kronzeuge würde dann im Außenverhältnis den gesamten Schaden begleichen und im Innenverhältnis vollständig Regress nehmen, also letztlich nichts zahlen. Er trüge lediglich das Ausfallrisiko der Mitkartellanten. Als angenehmer Nebeneffekt würde dies auch die Abwicklung der Schadensersatzansprüche deutlich vereinfachen.

D. Fazit

Abschließend ist auf die Anfangsfragen zurückzukehren: Besteht ein Spannungsverhältnis zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung und wenn ja, kann es die 9. GWB-Novelle auflösen?

Ein Spannungsverhältnis zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung entsteht, sobald ein Kronzeuge das eigentlich harmonische Zusammenspiel der beiden Ansätze durcheinanderbringt. Dann gilt es, Anreize für einen Kronzeugenantrag zu schaffen und diese trotz der Stärkung privater Schadensersatzklagen zu erhalten. Der Kronzeuge muss vor allen Risiken bewahrt, also sowohl öffentlich- als auch zivilrechtlich privilegiert werden. Für den Kartellgeschädigten entsteht eine regelrechte Hassliebe⁹⁵ in Bezug auf Kronzeugenprogramme: Einerseits möchte er den Kronzeugen nicht als Gesamtschuldner verlieren, andererseits ist er für seine *follow-on*-Klage auf den Erfolg der öffentlichen Kartellrechtsaufdeckung mithilfe des Kronzeugen angewiesen.

Um dieses Spannungsverhältnis für alle Seiten zufriedenstellend aufzulösen, sollte der Kronzeuge maximal privilegiert und der Geschädigte minimal beeinträchtigt werden. Das gelingt der 9. GWB-Novelle fast: Haftungsprivilegierungen im Außenverhältnis sind eher eng und solche im Innenver-

hältnis etwas weiter gefasst (§ 33e GWB).

Abgesehen von einzelnen Unstimmigkeiten⁹⁶ findet die 9. GWB-Novelle einen angemessenen Ausgleich zwischen der Privilegierung des Kronzeugen und der Entschädigung der Kartellgeschädigten. Ein Kompromiss ist in dieser Sonderkonstellation der gesamtschuldnerischen Haftung aber gar nicht nötig, weil die weniger schutzbedürftigen Mitschädiger den gesamten Schaden tragen könnten. Die bessere und einfachere Variante wäre daher es gewesen, eine reine Innenprivilegierung einzuführen. Der Kronzeuge würde dann nur noch das Ausfallrisiko seiner Mitkartellanten tragen.

Trotz der Kritik macht die 9. GWB-Novelle einen ambitionierten und wichtigen Schritt, um mithilfe des Kronzeugen sowohl die öffentliche als auch die private Kartellrechtsdurchsetzung zu verbessern. „Der Siegeszug der Kronzeugenregelungen ist unaufhaltsam!“⁹⁷

⁹¹ Hösch (Fn. 24), S. 419; eine Differenzierung befürwortet dagegen Mackenrodt (Fn. 45), Kap. 8 Rn. 84.

⁹² Vgl. EuGH, *Courage und Crehan* (Fn. 12), Rn. 26.

⁹³ Es ist nicht unwahrscheinlich, dass es sich gerade beim Kronzeugen um den solventesten Schuldner handelt, weil dieser keine hohen Bußgeldzahlungen zu leisten hat.

⁹⁴ Alexander (Fn. 8), S. 422; Dworschak/Maritzen, WuW 2013, 829, 841; Kersting, JZ 2013, 737, 739.

⁹⁵ Dose, VuR 2017, 297 (298).

⁹⁶ Diese betreffen insb. die Beweislastverteilung bezüglich des Eintritts der Ausfallhaftung im Außenverhältnis (§ 33e I 2 GWB) und die volle Haftung für Preisschirmschäden im Innenverhältnis (§ 33e III 1 GWB).

⁹⁷ Stockmann, ZWeR 2012, 20 (29).

Hanna Jacobsohn*

Urlaubsabgeltung bei Tod des Arbeitnehmers

A. Einführung

I. Problemaufriss

140 Tage. 140 Urlaubstage entsprechen gut sieben Monaten Arbeitszeit. Sieben Monate Arbeitszeit lassen sich auf mehr als ein halbes Jahresgehalt beziffern. Das liegt bei einem Durchschnittsverdiener in der Bundesrepublik Deutschland derzeit bei rund 22.600 € brutto.¹

Es kann um solche Summen gehen, wenn sich Erben die Frage stellen, ob sie für noch offene Urlaubstage des Erblassers finanziell Abgeltung verlangen können.

In der rechtlichen Diskussion schien die Frage nach der Vererbbarkeit von Urlaubsabgeltungsansprüchen durch ein auf einen deutschen Vorlagebeschluss² zurückgehendes Urteil³ des EuGH seit 2014 eigentlich geklärt: Stirbt ein Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis, entstehe ein Urlaubsabgeltungsanspruch der Erben.⁴

Die deutschen Instanzgerichte folgten dieser Auslegung.⁵ Zwar sah das BAG Urlaubsabgeltungsansprüche bis dato stets als unvererblich an, wenn ein Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis verstarb.⁶ Im Zuge der EuGH-Entscheidung erschien es aber sehr wahrscheinlich, dass sich auch das höchste deutsche Arbeitsgericht – wieder einmal – den europäischen Richtern beugen würde.⁷

Doch entgegen aller Erwartungen entschied sich das BAG, den EuGH im Oktober 2016 mittels Einleitung zweier Vorabentscheidungsverfahren⁸ zur Vererbbarkeit von Urlaubsabgeltungsansprüchen erneut von deutscher Seite aus anzurufen.

Aus diesem „Déjà-Vu“⁹ wird deutlich: Das BAG sträubt sich. Es sträubt sich gegen die Europäisierung des deutschen Urlaubsrechts, das seit der *Schultz-Hoff*-Entscheidung¹⁰ im Jahr 2009 heftig „durcheinandergewirbelt“¹¹ wurde und seitdem unter dem stetigen Einfluss des „case law des

*EuGH*¹² nicht zur Ruhe kommt.

Zweifelhaft ist, ob der EuGH die erneuten Vorlagen als Chance zu einer möglicherweise erforderlichen Korrektur seiner Rechtsprechung nutzen wird.¹³ Vor diesem Hintergrund ist zu klären, ob das deutsche Urlaubsrecht sich von seinem bisherigen Verständnis von Urlaub und Urlaubsabgeltung lösen muss – und wie es das dogmatisch könnte.

B. Rechtliche Ausgangslage

I. Zentrale Ansprüche des Arbeitnehmers aus deutschem und europäischem Recht

1. Urlaubsanspruch

Nach §§ 1, 3 BUrlG hat jeder Arbeitnehmer Anspruch auf mindestens 20 Werktage bezahlten Erholungsurlaub pro Kalenderjahr. Auf Unionsebene ist der Urlaubsanspruch in Art. 7 I der Richtlinie 2003/88/EU über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ArbZ-RL) geregelt. Zudem ist er primärrechtlich in Art. 31 II der Charta der Grundrechte der europäischen Union (GRC) normiert. Der EuGH legte die beiden Rechtsquellen aus und erweiterte den Erholungszweck des Jahresurlaubs um eine Freizeit-Komponente: Zweck des Urlaubs sei es auch, über einen Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu verfügen.¹⁴

Der Urlaubsanspruch verfällt grundsätzlich zum Ende des Kalenderjahres; nur ausnahmsweise besteht eine Übertragungsmöglichkeit bis zum 31. März des Folgejahres, § 7 III BUrlG. Eine wichtige Ausnahme von diesen Verfallsfristen besteht, wenn der Arbeitnehmer seinen Urlaubsanspruch wegen dauerhafter krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht geltend machen kann. So urteilte der EuGH in der Entscheidung *Schultz-Hoff*, dass der Mindesturlaub als „besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft [...], von dem nicht abgewichen werden darf [...]“¹⁵ nicht verfallen dürfe, wenn der Arbeitnehmer gar nicht die tatsächliche Möglichkeit hatte, Urlaub zu nehmen.¹⁶ Im zwei Jahre danach folgenden Urteil *KHS* stellte das Gericht aber klar, dass langzeiterkrankte Arbeitnehmer Urlaubsansprüche gleichwohl nicht *unbegrenzt* ansammeln können.¹⁷

2. Urlaubsabgeltungsanspruch

Der Urlaubsabgeltungsanspruch ist in § 7 IV BUrlG normiert. Das europäische Pendant findet sich in Art. 7 II ArbZ-RL.

* Die Autorin ist Studentin der Bucerius Law School, Hamburg. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine stark verkürzte Version ihrer im Rahmen des Schwerpunkts Arbeitsrecht angefertigten Examensseminararbeit.

¹ Statistisches Bundesamt, „Durchschnittliche Bruttomonatsverdienste“, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/VerdiensteArbeitskosten/VerdiensteVerdienstunterschiede/Tabellen/Bruttomonatsverdienste.html>, zuletzt abgerufen am: 22.04.2018.

² LAG Hamm, NJOZ 2013, 897.

³ EuGH, EU:C:2014:1755 = NZA 2014, 651 f. – *Bollacke*.

⁴ Vgl. EuGH, *Bollacke*, (Fn. 3), Rn. 30.

⁵ ArbG Berlin, BeckRS 2015, 73309; LAG Düsseldorf, BeckRS 2016, 67518; LAG Köln, BeckRS 2016, 72946.

⁶ BAG, NZA 2012, 326 ff.

⁷ *Streßig/Renners*, ZEV 2017, 313, 315.

⁸ BAG, BeckRS 2016, 74836; BAG, NZA 2017, 207 f.

⁹ *Gooren/Rudkowski*, NJW 2017, 1149.

¹⁰ EuGH, Slg. 2009, I-179 = NZA 2009, 135 ff. – *Schultz-Hoff*.

¹¹ *Jacobs*, NZA-Beilage 2014, 82, 84.

¹² *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht³, 2017, § 7 Rn. 39.

¹³ *Gooren/Rudkowski*, NJW 2017, 1149, 1150; vgl. *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 484.

¹⁴ EuGH, EU:C:2013:102 = NZA 2013, 369, 370 Rn. 18 – *Maestre García*.

¹⁵ EuGH, *Schultz-Hoff*, (Fn. 10), Rn. 22.

¹⁶ EuGH, *Schultz-Hoff*, (Fn. 10), Rn. 43 ff.

¹⁷ EuGH, Slg. 2011, I-11757 = NZA 2011, 1333, 1334 Rn. 30 – *KHS*.

a) Entstehung und Zweck

Der Urlaubsabgeltungsanspruch regelt das Schicksal von Urlaubsansprüchen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.¹⁸ Der Urlaub kann dann nicht mehr *in natura* genommen werden und ist deshalb in Geld auszubezahlen.¹⁹

Im bestehenden Arbeitsverhältnis ist eine Abgeltung verboten, vgl. Art. 7 II ArbZ-RL, *arg. e contrario* § 7 IV BUrlG. Damit soll das „Abkaufen“ von Urlaub verhindert und so der Arbeitnehmerschutz durch garantierte Erholungs- und Freizeitphasen gewährleistet werden.²⁰

Zweck des Abgeltungsanspruchs ist es, den Arbeitnehmer finanziell zu entschädigen und es damit zu ermöglichen, den Urlaub zu einem späteren Zeitpunkt nachzuholen.²¹

b) Rechtsnatur

Die Rechtsprechung hat ihre Auffassung zur Rechtsnatur des Urlaubsabgeltungsanspruchs in den letzten Jahren grundlegend geändert.

Nach der sog. Surrogationstheorie, die über mehrere Jahrzehnte das deutsche Verständnis vom Charakter des Urlaubsabgeltungsanspruchs prägte, war der Abgeltungsanspruch Surrogat des Urlaubsanspruchs, das bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Ersatzanspruch an dessen Stelle trat.²² Der Abgeltungsanspruch war somit an die gleichen Voraussetzungen geknüpft wie der Urlaubsanspruch selbst.²³

Dieses Verständnis konnte nach der *Schultz-Hoff*-Entscheidung²⁴ des EuGH aus dem Jahr 2009 nicht aufrechterhalten werden. Es dauerte aber noch drei Jahre, bis sich das BAG endgültig von der Surrogationstheorie verabschiedete.²⁵ Heute stellt der Abgeltungsanspruch einen reinen Geldanspruch dar.²⁶ Als solcher „unterscheidet [er] sich in rechtlicher Hinsicht nicht von anderen Zahlungsansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber“²⁷.

II. Vererbbarkeit der Ansprüche

Ausgehend von diesen Grundsätzen stellt sich die Frage nach der Vererbbarkeit beider Ansprüche. Im Folgenden wird die dazugehörige Rechtsprechung skizziert und aufgezeigt, welche Divergenzen zwischen deutschem und europäischem Rechtsverständnis bestehen.

1. Einigkeit über die (Nicht-)Vererbbarkeit des Urlaubsanspruchs

Grundlegende Einigkeit besteht dahingehend, dass der Urlaubsanspruch selbst nicht vererbbar ist, wenn der Arbeitnehmer – unabhängig vom konkreten Zeitpunkt – verstirbt.²⁸

2. Uneinigkeit über die Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs

Für die Frage nach der Vererbbarkeit des Abgeltungsanspruchs ist danach zu unterscheiden, ob das Arbeitsverhältnis *vor* dem oder *durch* den Tod des Arbeitnehmers endet. Herrscht für den ersten Fall seit der Aufgabe der Surrogationstheorie Einigkeit (a)), ist Letzteres heftig umstritten und zentral für den weiteren Verlauf des Beitrags (b)).

a) Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Tod des Arbeitnehmers

Beispiel: A kündigt fristgerecht zum 21.08. Er verfügt über 33 Tage Resturlaub, die er zuvor krankheitsbedingt nicht hatte nehmen können. Am 22.08. verstirbt A.²⁹

Das Arbeitsverhältnis von A wurde einen Tag vor seinem Tod durch die Kündigung beendet. Dadurch entstand nach § 7 IV BUrlG ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung i.H.v. 33 Tagen. Da der Abgeltungsanspruch nach Aufgabe der Surrogationstheorie ein reiner Geldanspruch ist, bleibt der bereits entstandene Abgeltungsanspruch Teil des Vermögens des A.³⁰ Nach § 1922 I BGB geht er mit dem Tod des A auf dessen Erben über.

b) Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod des Arbeitnehmers

Beispiel: A stirbt an einem Herzinfarkt. Das Arbeitsverhältnis endet durch seinen Tod. A hatte noch 33 Tage Resturlaub, die er zuvor krankheitsbedingt nicht hatte nehmen können.³¹

aa) Kein Entstehen eines Urlaubsabgeltungsanspruchs (BAG)

Nach der Auffassung des BAG kann A auch nach Aufgabe der Surrogationstheorie keinen Urlaubsabgeltungsanspruch vererben. Mit seinem Tod ende das Arbeitsverhältnis, woraufhin der Anspruch des A auf 33 Tage Resturlaub erlösche.³² Ein mit dem Tod untergehender Urlaubsanspruch könne sich nicht zeitgleich in einen Abgeltungsanspruch wandeln.³³

¹⁸ Ehlers, Krank im Urlaub, S. 311.

¹⁹ Holthaus, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmenrath (Hrsg.), BUrlG § 7 Rn. 95.

²⁰ Neumann, in: Neumann/Fenski/Kühn (Hrsg.), BUrlG § 7 Rn. 102.

²¹ Generalanwältin Trstenjak, Schlussanträge Rs. C-214/10, juris, Rn. 67 – KHS.

²² Vgl. BAG, NZA 1989, 763, 763 f.

²³ BAG, NZA 1995, 476, 477.

²⁴ EuGH, *Schultz-Hoff*, (Fn. 10).

²⁵ BAG, NZA 2012, 1087 Ls.

²⁶ BAG, NZA 2012, 1087, 1089 Rn. 23.

²⁷ BAG, NZA 2013, 1098, 1099 Rn. 14.

²⁸ BAG, AP BGB § 611 Urlaubsrecht Nr. 7; ErfK/Gallner, BUrlG § 1 Rn. 23.

²⁹ Fall angelehnt an Streßig/Renners, ZEV 2017, 313.

³⁰ Vgl. BAG, NZA 2016, 37, 38 f. Rn. 14.

³¹ S. (Fn. 29), S. 314.

³² Vgl. BAG, NZA 2012, 326 Rn. 13.

³³ Ebd. Rn. 22.

bb) Entstehen eines Urlaubsabgeltungsanspruchs (EuGH)

Dieser Auffassung ist der EuGH mit seinem zwei Seiten kurzen *Bollacke*-Urteil entgegengetreten. Er entschied, dass Art. 7 ArbZ-RL so auszulegen sei, dass der Urlaubsanspruch auch dann nicht untergehen dürfe, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet.³⁴

Zur Begründung führt er an, der restriktiv auszulegende Art. 7 II ArbZ-RL setze nur voraus, dass (1.) das Arbeitsverhältnis beendet sei und (2.) ein Resturlaubsanspruch bestehe.³⁵ Zudem umfasse der Urlaubsanspruch auch die Fortzahlung der Vergütung, sodass auch der Beendigungstatbestand „Tod“ aus Gründen der praktischen Wirksamkeit des Art. 7 ArbZ-RL nicht verhindern dürfe, dass sich der Urlaubsanspruch in einen Anspruch auf finanzielle Vergütung umwandelt.³⁶ Wäre ein Resturlaubsanspruch im Todesfall nicht finanziell abzugelten, würde ein „unwägbares, weder vom Arbeitnehmer noch vom Arbeitgeber beherrschbares Vorkommnis rückwirkend zum vollständigen Verlust des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub [...] führen.“³⁷

Die Wirkung von EuGH-Urteilen, die die Auslegung von Unionsrecht betreffen, ist bislang zwar nicht endgültig geklärt.³⁸ Jedenfalls letztinstanzliche nationale Gerichte sind seit dem *CILFIT*-Urteil³⁹ des EuGH aber faktisch an dessen Auslegung gebunden.⁴⁰

cc) Aktuelle Vorlagen des BAG beim EuGH

Es kam deshalb überraschend, als das BAG den EuGH im Oktober 2016 erneut von deutscher Seite aus anrief. Es legte ihm die Frage vor, ob den Erben bei Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis ein Urlaubsabgeltungsanspruch aus Art. 7 II ArbZ-RL oder Art. 31 II GRC auch dann zustehe, wenn *nationales Erbrecht* entgegenstehe.⁴¹

Hieraus wird deutlich, dass sich das BAG – anders als zuvor die Instanzgerichte – zu einer richtlinienkonformen Auslegung des § 7 IV BurlG vermeintlich nicht in der Lage sieht. Denn wie bereits gesehen, hielt das BAG auch nach Aufgabe der Surrogationstheorie daran fest, der Urlaubsabgeltungsanspruch sei auch dann nicht vererbbar, wenn das Arbeitsverhältnis *durch* den Tod des Arbeitnehmers endet. Gleichwohl ist zweifelhaft, ob eine richtlinienkonforme Auslegung tatsächlich nicht möglich ist. Vielmehr scheint sich das BAG schlicht nicht erneut in Sachen Urlaubsrecht vom EuGH „über den Mund fahren“ lassen zu wollen. Es bedient sich daher in einem Schlenker des deutschen Erbrechts, nach dem es nicht möglich ist, Ansprüche aus einem zugrundeliegenden unvererblichen Rechtsverhältnis zu vererben, die im Erbfall noch gar nicht entstanden sind, vgl.

§ 1922 Abs. 1 BGB.⁴² Das BAG macht dem EuGH mithin seinen gegenteiligen Standpunkt deutlich und erhofft sich dadurch eine Korrektur oder Nuancierung der europäischen Rechtsprechung.

C. Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs unter Einfluss europarechtlicher Vorgaben

Vor diesem Hintergrund gilt es zu klären, welche Gründe generell dafür und dagegen sprechen, den Tod als Beendigungstatbestand i.S.v. Art. 7 II ArbZ-RL anzuerkennen. Da nicht zu erwarten ist, dass der EuGH von seinem *Bollacke*-Urteil abweichen wird, muss sich im Anschluss damit beschäftigt werden, wie diese verbindliche Rechtsprechung dogmatisch in nationales Recht umgesetzt werden kann.

I. Abgeltungspflicht bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gem. Art. 7 II ArbZ RL

Zunächst ist festzustellen, dass nach Art. 7 II ArbZ-RL eine *Pflicht* zur Urlaubsabgeltung besteht, wenn das Arbeitsverhältnis endet. Dem Wortlaut ist insoweit zwar nur zu entnehmen, dass eine Abgeltung des Urlaubs im bestehenden Arbeitsverhältnis ausgeschlossen ist, nicht aber, dass sie nach dessen Beendigung auch erfolgen *muss*.⁴³ Demgegenüber sichert und ergänzt die Norm den Urlaubsanspruch aus Art. 7 I ArbZ-RL.⁴⁴ Ebenso wie § 7 IV BUrLG liegt ihr die Wertung zugrunde, der Urlaub solle im laufenden Arbeitsverhältnis tatsächlich genommen und nicht vom Arbeitgeber „abgekauft“ werden. Das aber kann nur sichergestellt werden, wenn für den Arbeitgeber bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses tatsächlich eine Pflicht besteht, offene Mindesturlaubstage in Geld auszus zahlen.

II. Ausnahme von der Abgeltungspflicht bei Beendigungstatbestand „Tod“

Es stellt sich somit die zentrale Frage, ob eine Ausnahme von dem Grundsatz der Abgeltungspflicht nach Art. 7 II ArbZ-RL für den Fall gemacht werden muss, dass ein Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet.

Würde man eine Ausnahme bejahen, entstünde bei Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis mangels Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein Abgeltungsanspruch. Letzterer könnte dann auch nicht vererbt werden. Verneint man eine Ausnahme, entstünde mit dem Tod des Arbeitnehmers ein Abgeltungsanspruch, der als reiner Geldanspruch vererbt werden könnte.

Entscheidend ist somit nicht, ob ein Urlaubsabgeltungsanspruch als solcher vererbbar ist, sondern schon die vorgelagerte Frage, ob ein solcher Anspruch mit dem Tod des Arbeitnehmers *überhaupt entstehen kann*.⁴⁵

³⁴ Vgl. EuGH, *Bollacke*, (Fn. 3), Rn. 30.

³⁵ EuGH, *Bollacke*, (Fn. 3), Rn. 22 f.

³⁶ EuGH, *Bollacke*, (Fn. 3), Rn. 19, 21, 24.

³⁷ EuGH, *Bollacke*, (Fn. 3), Rn. 25.

³⁸ Schwarze, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar³, 2012, AEUV Art. 267 Rn. 71.

³⁹ EuGH, Slg 1982, 3415 = NJW 1983, 1257, 1258 – *CILFIT*

⁴⁰ Höpfer, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht¹, 2016, AEUV Art. 267 Rn. 94.

⁴¹ S. (Fn. 8).

⁴² Vgl. Staudinger/Kunz, § 1922 Rn. 81.

⁴³ Kamanabrou, RdA 2017, 162.

⁴⁴ Ebd.

⁴⁵ Pötters, EuZW 2014, 591, 592.

1. Gründe für und gegen eine Ausnahme

a) Wortlaut des Art. 7 II ArbZ-RL

Der Wortlaut des Art. 7 II ArbZ-RL fordert für das Entstehen eines Urlaubsabgeltungsanspruchs lediglich, dass (1.) das Arbeitsverhältnis beendet ist und (2.) ein Resturlaubsanspruch des Arbeitnehmers besteht. Da das Arbeitsverhältnis mit dem Tod endet, sind beide Voraussetzungen erfüllt, wenn ein Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis verstirbt und noch über gesetzlichen Mindesturlaub verfügt. Eine Ausnahme von der Abgeltungspflicht wäre mithin nicht erforderlich.

b) Zweck des Urlaubsabgeltungsanspruchs

Die Reichweite des Abgeltungsanspruchs ist aber durch seinen Zweck begrenzt.⁴⁶ Wie bereits gezeigt, soll der Anspruch den Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den im bestehenden Arbeitsverhältnis nicht *in natura* gewährten Urlaub entschädigen und es ihm ermöglichen, den Urlaub später nachzuholen.⁴⁷

Es liegt nun auf der Hand, dass dieser Zweck bei einem Toten nicht verwirklicht werden kann.⁴⁸ Ein Toter kann sich weder von seiner Arbeit erholen noch einer Freizeitbeschäftigung nachgehen oder seinen Urlaub nachholen. Auch beim Erben kann der Arbeitnehmerschutzzweck nicht verwirklicht werden, da dieser untrennbar mit der Person des Arbeitnehmers verbunden ist.⁴⁹

Die Zwecksetzung des Urlaubsabgeltungsanspruchs bedeutet allerdings nicht zugleich auch eine strikte Zweckbindung.⁵⁰ Der Arbeitnehmer ist schon im laufenden Arbeitsverhältnis nicht dazu gezwungen, sich während seines Urlaubs zu erholen; nach deutschem Recht muss er dafür lediglich die Grenzen des § 8 BUrlG einhalten.⁵¹ Erst Recht ist der Arbeitnehmer nicht dazu gezwungen, den Urlaub mit dem aus einem Abgeltungsanspruch erlangten Geld tatsächlich nachzuholen, sondern kann das Geld auch einfach sparen.⁵² Betont man demnach den – vom Erholungszweck losgelöst – Entgeltcharakter des Urlaubsanspruchs, spräche dieser für eine Abgeltungspflicht auch in dem Fall, dass der Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis verstirbt. Das gleiche Ergebnis ist auf den ersten Blick auch die logische Konsequenz daraus, dass es sich bei dem Urlaubsabgeltungsanspruch seit der Aufgabe der Surrogationstheorie um einen *reinen Geldanspruch* handelt.⁵³

Allerdings lässt sich aus seiner Charakterisierung als reiner Geldanspruch nicht zwingend schließen, dass der Abgeltungsanspruch nach § 1922 I BGB vererbbar sei.⁵⁴ Das zeigt bereits die unterschiedliche Behandlung von Geldentschädigungs- und Schmerzensgeldansprüchen, von denen der BGH erstere als unvererbbar und letztere als

vererbbar ansieht.⁵⁵

Richtigerweise kann auch nach Aufgabe der Surrogationstheorie nicht einfach übergangen werden, dass der Abgeltungsanspruch den Zweck verfolgt, es dem aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Arbeitnehmer zu ermöglichen, seinen Urlaub nachzuholen.⁵⁶ Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruch lassen sich schon begrifflich nicht ohne jedweden Sachzusammenhang betrachten. Auch wenn der Abgeltungsanspruch nach jüngstem Verständnis einen reinen Geldanspruch darstellt, bleibt er immer noch Teil des Arbeitnehmerschutzrechts, vgl. Art. 1 I i.V.m. Art. 7 II ArbZ-RL. Dann muss für den Arbeitnehmer aber zumindest eine *abstrakte Möglichkeit* bestehen, das Geld für Erholung, Freizeit und Entspannung auszugeben.⁵⁷ Als „Geldanspruch mit bestimmter Zwecksetzung“⁵⁸ kann ein Abgeltungsanspruch deshalb nur dann entstehen, wenn es objektiv möglich ist, seinen Zweck zu erreichen.⁵⁹ Ist der Arbeitnehmer tot, ist das ausgeschlossen.

Diese Argumentation darf nicht dahingehend missverstanden werden, es ginge hierbei um eine „Wiederbelebung“⁶⁰ der Surrogationstheorie. Von ihr hat man sich in europarechtskonformer Weise zu Recht verabschiedet und es so ermöglicht, einen mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits entstandenen Abgeltungsanspruch zu vererben. Entscheidend ist vielmehr, dass in dem Fall, in dem ein Arbeitnehmer erst *nach* Beendigung des Arbeitsverhältnisses verstirbt, der Arbeitnehmer bis zum Erbfall grundsätzlich zumindest eine abstrakte Möglichkeit hatte, die finanzielle Abgeltung zweckgemäß in Erholung, Entspannung und Freizeit zu investieren.

Den Abgeltungsanspruch vom Urlaubsanspruch „bis in den Tod hinein“ völlig zu entkoppeln, ist mithin nicht schlüssig. Stirbt ein Arbeitnehmer, kann der originäre Zweck des Abgeltungsanspruchs nie erreicht werden.⁶¹ Dann aber ist nicht ersichtlich, warum ein solcher Anspruch entstehen sollte, um ausschließlich Dritten – sprich, den Erben – eine Geldleistung zukommen zu lassen. Dass eine *Arbeitszeitrichtlinie* „Erbenschutz“⁶² vermitteln soll, überzeugt nicht. Nach Erwägungsgrund 2 ArbZ-RL stützt sich die Richtlinie auf Art. 137 EGV (heute: Art. 153 AEUV) und seine Kompetenzzuweisung an die Union, die Tätigkeiten der Mitgliedstaaten insbesondere zum Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer zu verbessern.⁶³ Ist Arbeitnehmerschutz damit zentraler Zweck der ArbZ-RL, verliert die Richtlinie ihre Rechtfertigung dann, wenn kein Arbeitnehmer mehr geschützt werden kann. Der einzige Fall, in dem Arbeitnehmerschutz nicht möglich ist, ist der Tod.

Es ist mithin negative Tatbestandsvoraussetzung des Abgeltungsanspruchs, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch lebt. Wie kurz oder lang

⁴⁶ Kamanabrou, RdA 2017, 162, 163.

⁴⁷ Trstenjak, (Fn. 21).

⁴⁸ BAG, NZA 2013, 678, 679 Rn. 13.

⁴⁹ Hock/Hock, ZTR 2015, 253, 258.

⁵⁰ Schubert, RdA 2014, 9, 15.

⁵¹ Ebd.

⁵² Schipper/Polzer, NZA 2011, 80, 82.

⁵³ Vgl. Joussen, RdA 2015, 305, 320 f.

⁵⁴ Staudinger/Kunz, § 1922 Rn. 481.

⁵⁵ Ebd. m.w.N.

⁵⁶ Staudinger/Richardi/Fischinger, § 613 Rn. 18.

⁵⁷ Fischinger, AP BUrlG § 7 Abgeltung Nr. 92 unter III. 2. d).

⁵⁸ Ebd.; a.A. LAG Hamm, NZA 2011, 106, 108.

⁵⁹ Fischinger, (Fn. 57).

⁶⁰ Schubert, RdA 2014, 9, 13.

⁶¹ Fischinger, (Fn. 57).

⁶² Seel, NWB 2016, 362, 366.

⁶³ RL 2003/88/EG, ABl. L 299, S. 9.

das ist, ist unerheblich.

Nicht zu bestreiten ist die sich daraus für § 7 IV BurlG ergebende Rechtsunsicherheit, da im Ergebnis für jede einzelne Fallgestaltung (Tod *durch* / *nach* Beendigung des Arbeitsverhältnisses) eine erneute Auslegung nach den europarechtlichen Vorgaben vorzunehmen ist.⁶⁴ Mit Blick auf die vorhergehenden Ausführungen ändert das allerdings nichts daran, dass allein so sachgerechte Ergebnisse erzielt werden, die in der Lage sind dem Arbeitnehmerschutz zu dienen. Bestehende Rechtsunsicherheiten sind grundsätzlich vom Gesetzgeber zu beseitigen.

Die Charakterisierung des Urlaubsabgeltungsanspruchs als „Geldanspruch mit bestimmter Zwecksetzung“ spricht folglich dafür, von der Abgeltungspflicht abzusehen, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet.

c) Vergleich zur Argumentation des EuGH im Urteil KHS

Für eine Ausnahme von der Abgeltungspflicht bei Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis spricht darüber hinaus ein Vergleich zur Argumentation des EuGH im eingangs erwähnten Urteil *KHS*.⁶⁵

Zur Erinnerung: Im Urteil *KHS* stellte der EuGH klar, dass langzeiterkrankte Arbeitnehmer Urlaubsansprüche nicht unbegrenzt ansammeln können, sondern spätestens 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfallen.⁶⁶ Grund dafür sei, dass der Urlaubsanspruch nach Überschreiten einer gewissen zeitlichen Grenze seine positive Wirkung als Erholungszeit verliere und dem Arbeitnehmer lediglich die Zeit für Entspannung und Freizeit verbliebe.⁶⁷ Wenn allerdings schon eine teilweise Zweckerledigung es rechtfertigt, den Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsanspruch im Fall der dauerhaften Arbeitsunfähigkeit zu verlieren, muss das erst recht gelten, wenn der Zweck wie im Fall des Todes des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis nie mehr erreicht werden kann – sprich, wenn der Arbeitnehmer *weder* die Möglichkeit hat, sich zu erholen, *noch* sich zu entspannen und seine Freizeit zu gestalten.

In einen weiteren Widerspruch verstrickt sich der EuGH, wenn er den Verfall von Abgeltungsansprüchen dauerhaft krankheitsbedingt arbeitsunfähiger Arbeitnehmer mit dem Zweck der Ansprüche rechtfertigt, den Verfall von Abgeltungsansprüchen bei Tod des Arbeitnehmers im laufenden Arbeitsverhältnis aber verneint, weil der Tod ein unwägbares, von den Arbeitsvertragsparteien nicht zu beeinflussendes Ereignis sei.⁶⁸ Eine solche Unterscheidung ergibt keinen Sinn, weil auch das Krankwerden und -sein regelmäßig unwägbare, von den Arbeitsvertragsparteien nicht zu beeinflussende Ereignisse sind.⁶⁹

d) Sozial- und arbeitsmarktpolitische Erwägungen

(1) Kein unerwarteter Vorteil beim Arbeitgeber

Zum Teil wird in der Literatur vertreten, dass der Tod unter den Beendigungstatbestand i.S.d. Art. 7 II ArbZ-RL gefasst werden müsse, um zu verhindern, dass der Arbeitgeber einen unerwarteten Gewinn erzielt.⁷⁰ Das sei der Fall, weil der Arbeitgeber den Urlaub auch dann hätte abgelden müssen, wenn das Arbeitsverhältnis aus anderen Gründen geendet hätte.⁷¹ Der Arbeitgeber solle aus dem oftmals zufälligen Tod des Arbeitnehmers keine Vorteile ziehen.⁷²

Gegen diese Ansicht wendet *Giesen* ein, dass der Tod eines langzeiterkrankten Arbeitnehmers keineswegs rein zufällig sei und die Sterbewahrscheinlichkeit dem Arbeitgeber keinen Anreiz zur Kündigung bieten solle.⁷³

Ihm ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Begründung überzeugt jedoch nicht, weil der letztliche Todeszeitpunkt in der Regel für beide Vertragsparteien tatsächlich nicht vorhersehbar ist. Zudem werden von der Argumentation alle denkbaren Todesfälle ausgeschlossen, die nicht auf einer Langzeiterkrankung beruhen.

Überzeugender ist deshalb, darauf abzustellen, dass der Tod eines Arbeitnehmers für *beide* Vertragsparteien unerwartet kommt. Es ist nämlich gerade auch der umgekehrte Fall denkbar, in dem der Arbeitnehmer vor seinem Tod „zu viel“ Urlaub genommen hat.⁷⁴ Der Todeszeitpunkt kann somit auch dem Arbeitnehmer finanziell „zugutekommen“. Wenn aber beide Parteien wegen des nicht vorhersehbaren Todeszeitpunkts die gleiche Möglichkeit auf „unerwartete Gewinne“ haben, ist nicht einzusehen, warum ein solcher einseitig zulasten des Arbeitgebers verhindert werden soll.

(2) Sogar unbillige Belastung des Arbeitgebers

Vielmehr wäre es sogar eine unbillige finanzielle Belastung des Arbeitgebers, wenn man den Tod unter „Beendigung“ i.S.d. Art. 7 II ArbZ-RL subsumierte. Führt man dagegen wieder pauschal an, der Arbeitgeber hätte den Urlaub auch dann abgelden müssen, wenn das Arbeitsverhältnis aus anderen Gründen geendet hätte,⁷⁵ geht dieser Einwand fehl. Das Arbeitsverhältnis hat eben gerade nicht aus anderen Gründen geendet, beide Vertragsparteien haben das Ende weder vorhergesehen noch gewollt. Dieser entscheidende tatsächliche Unterschied zu Beendigungstatbeständen wie z.B. Kündigung oder Aufhebungsvertrag rechtfertigt es, den Tod als Beendigungstatbestand rechtlich anders zu behandeln.⁷⁶

Gerade sozialpolitische Erwägungen gebieten es sogar, den Tod als Beendigungstatbestand i.S.d. Art. 7 II ArbZ-RL auszunehmen. Nach Angaben des Statistischen Bundesamts

⁶⁴ Vgl. LAG Hamm, NZA 2011, 106, 108.

⁶⁵ Hohmeister, AP RL 2003/88/EG Nr. 14.

⁶⁶ EuGH, *KHS*, (Fn. 17), Rn. 35 ff.

⁶⁷ EuGH, *KHS*, (Fn. 17), Rn. 33.

⁶⁸ Vgl. (Fn. 37).

⁶⁹ Kamanabrou, RdA 2017, 162, 163 f.

⁷⁰ Forst, FA 2014, 226, 228.

⁷¹ Schipper/Polzer, NZA 2011, 80, 82.

⁷² Ebd.

⁷³ Vgl. *Giesen*, FA 2014, 231, 232.

⁷⁴ A.A. Lingemann, in: Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann, Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht⁶, 2017, Kap. 14 Rn. 3.

⁷⁵ Polzer, Befristung des Urlaubsanspruchs, S. 200.

⁷⁶ Höpfner, RdA 2013, 65, 70.

wird in Deutschland bereits im Jahr 2060 jeder Dritte mindestens 65 Jahre alt sein.⁷⁷ Angesichts dieser demographischen Entwicklung muss davon ausgegangen werden, dass das Rentenalter erneut angehoben wird und auch darüber hinaus immer mehr Menschen bis ins hohe Alter hinein einer Erwerbstätigkeit nachgehen werden (müssen).⁷⁸ Ein dahingehender Trend ist bereits heute erkennbar: Im Jahr 2016 ging in Deutschland jede neunte Person (11%) zwischen 65 und 74 Jahren einer Erwerbstätigkeit nach.⁷⁹ Zehn Jahre zuvor waren es gerade einmal halb so viele (5%).⁸⁰

Gehen nun aber immer mehr ältere Menschen einer Erwerbstätigkeit nach, steigt statistisch gesehen auch das Sterberisiko im laufenden Arbeitsverhältnis. Fasste man den Tod nun unter die „Beendigung“ des Arbeitsverhältnisses nach Art. 7 II ArbZ-RL, müssten Arbeitgeber hohe Rücklagen zu bilden, um eine steigende Zahl möglicher Urlaubsabgeltungsansprüche der Erben verstorbener Arbeitnehmer erfüllen zu können.⁸¹ Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen werden dazu aber kaum in der Lage sein oder jedenfalls ihre Ausgaben nicht ohne große Unsicherheiten kalkulieren können. Das aber widerspräche der ArbZ-RL, nach deren Erwägungsgrund 2 sie der Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen nicht entgegenstehen soll.⁸² Es spricht angesichts des demographischen Wandels somit viel dafür, Arbeitgeber neben all den Schwierigkeiten, die eine alternde Bevölkerung mit sich bringt, nicht auch noch zusätzlich mit dem schwer kalkulierbaren Risiko von Urlaubsabgeltungsansprüchen der Erben eines verstorbenen Arbeitnehmers zu belasten.

III. Dogmatische Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung in deutsches Recht

Es wäre somit zu hoffen, dass der EuGH anlässlich der Vorlage des BAG sein Verständnis zur Entstehung eines Urlaubsabgeltungsanspruchs für den Fall überdenkt, dass ein Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Bleibt der EuGH jedoch bei seiner Auffassung, werden sich die Mitgliedstaaten auch fortan darauf einstellen müssen, dass ein Urlaubsabgeltungsanspruch auch bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers entsteht. Im Folgenden wird deshalb untersucht, wie diese – nach der hier vertretenen Ansicht nicht überzeugende – Rechtsprechung dogmatisch in das deutsche Recht umgesetzt werden könnte.

1. Richtlinienkonforme Auslegung

In Betracht kommt zunächst eine richtlinienkonforme Auslegung des § 7 IV BUrLG. Sie verlangt, von mehreren möglichen Normdeutungen diejenige vorzuziehen, die zu einem europarechtskonformen Ergebnis führt.⁸³ Zu diesem

Zweck sind die gleichen Methoden anzuwenden, wie sie für die Auslegung nationalen Rechts zur Verfügung stehen.⁸⁴

a) Wortlaut des § 7 Abs. 4 BUrLG

Sowohl die Instanzgerichte als auch der ganz überwiegende Teil der Literatur halten eine richtlinienkonforme Auslegung des § 7 IV BUrLG für möglich.⁸⁵ Hauptargument ist dabei stets, dass die Norm nicht zwischen verschiedenen Beendigungstatbeständen unterscheide. Grundsätzlich könne deshalb auch der Tod eine Beendigung i.S.d. Norm darstellen, weil das Arbeitsverhältnis unstrittig mit ihm endet.

Dem ist nichts hinzuzufügen. Dass der Zweck des Abgeltungsanspruchs nach hier vertretener Ansicht gegen eine solche Auslegung spricht, wäre dann unerheblich, weil im Wege der vorrangigen richtlinienkonformen Auslegung die Normdeutung vorzuziehen ist, die mit dem Europarecht in Einklang steht.

b) Konkrete Konstruktion nach deutschem Recht

Für die konkrete rechtliche Konstruktion bestehen daher bereits zahlreiche Vorschläge.

Das LAG Düsseldorf begründet die Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruchs damit, dass bis zur tatsächlichen Freistellung von der Arbeitsleistung ein Anwartschaftsrecht auf die Zahlung von Urlaubsentgelt bestünde.⁸⁶ Diese Konstruktion überzeugt jedoch nicht, da wegen des Abgeltungsverbots des § 7 IV BUrLG im bestehenden Arbeitsverhältnis nicht von einer gesicherten Rechtsposition des Erben gesprochen werden kann.⁸⁷ Ein Anwartschaftsrecht der Erben könnte mit dem Tod des Arbeitnehmers gerade nicht zu einem *Vollrecht auf Urlaubsabgeltung* erstarken.⁸⁸

Andere bedienen sich zur Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung des Einsatzes einer sog. „juristischen Sekunde“. Durch sie sollen die todesbedingte Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung voneinander getrennt werden, sodass zunächst ein (vererbbarer) Urlaubsabgeltungsanspruch entstehen kann.⁸⁹ Auch dieses Konstrukt überzeugt nicht. Wenn *Pöters* meint, das Praktische an juristischen Sekunden sei, „das[s] man sie beliebig im Raum-Zeit-Kontinuum verteilen kann, um logische Brüche zu kitten“⁹⁰ ist das nicht der Anspruch, der in der Rechtswissenschaft zu Grunde gelegt werden sollte.

Insbesondere die Instanzgerichte vertreten daher die Auffassung, der Urlaubsabgeltungsanspruch entstehe unmittelbar

⁷⁷ Statistisches Bundesamt, Generation 65+, S. 5.

⁷⁸ Vgl. *Vogel*, NJ 2015, 273, 279.

⁷⁹ Pressemitteilung des Statistischen Bundesamts v. 12.07.2017, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2017/07/PD17_240_122.html, zuletzt abgerufen am: 23.04.2018.

⁸⁰ *Ebd.*

⁸¹ *Vogel*, (Fn. 78).

⁸² S. (Fn. 63).

⁸³ *Metallinos*, Europarechtskonforme Auslegung, S. 1.

⁸⁴ EuGH, Slg. 2004, I-8835 = NZA 2004, 1145, 1151 Rn. 116 – *Pfeiffer*.
⁸⁵ S. (Fn. 5); *Gallner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 10), RL 2003/88/EG Art. 7 Rn. 37.

⁸⁶ LAG Düsseldorf, ZTR 2016, 462, 463.

⁸⁷ Vgl. BAG, NZA 2012, 326, 329 Rn. 38.

⁸⁸ *Ebd.* Rn. 39.

⁸⁹ *Gooren/Rudkowski*, NJW 2017, 1149, 1151; *a.A.* Staudinger/*Richardi/Fischinger*, § 613 Rn. 18.

⁹⁰ *Pöters*, EuZW 2014, 591, 592.

in der Person des Erben.⁹¹ So seien dem Arbeitsrecht nachwirkende Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis nicht unbekannt, soweit sie im laufenden Arbeitsverhältnis angelegt sind.⁹² Als ein solches Recht bestehe im laufenden Arbeitsverhältnis ein „Stammrecht auf Urlaub“⁹³. Dieses gehe im Zeitpunkt des Erbfalls auf den Erben über und wandle sich dann, weil der Urlaubsanspruch selbst höchstpersönlicher Natur ist, *in der Person des Erben* in einen Abgeltungsanspruch.⁹⁴ Gegenstand der Universalsukzession nach § 1922 I BGB ist mithin nicht der Abgeltungsanspruch, sondern das arbeitsrechtliche Stammrecht auf Urlaub.⁹⁵

Diese Ansicht ist vorzugswürdig. Wenn nicht der Abgeltungsanspruch selbst, sondern nur ein Stammrecht auf Urlaub nach § 1922 I BGB vererbt wird, kann einer erstmaligen Entstehung des Abgeltungsanspruchs beim Erben nicht mehr entgegengehalten werden, der Abgeltungsanspruch sei noch nicht beim Erblasser entstanden und könne deshalb nicht nach § 1922 I BGB auf den Erben übergehen. Wertet man insofern den Urlaubsanspruch aus § 1 BUrlG richtlinienkonform zu einem „Stammrecht auf Urlaub“ auf, entspricht das zudem dem europarechtlichen Arbeitnehmerschutzgedanken des Urlaubs, vgl. Art. 7 ArbZ-RL, Art. 31 II GRC.

2. Unmittelbare Anwendung des Unionsrechts

Mit etwaigen Direktansprüchen aus Art. 7 II ArbZ-RL oder Art. 31 II GRC muss sich folglich nicht mehr auseinandergesetzt werden. Ist – wie hier – eine richtlinienkonforme Auslegung möglich, geht diese der unmittelbaren Anwendung von Unionsrecht vor, weil dadurch die Souveränität der Mitgliedstaaten bestmöglich gewahrt wird.⁹⁶

D. Fazit und Ausblick

Luxemburg hat gesprochen: Erben haben einen Urlaubsabgeltungsanspruch – und das selbst dann, wenn ein Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Dieses Ergebnis werden die deutschen Rechtsanwender akzeptieren müssen, denn ein Sinneswandel des EuGH ist auch mit Blick auf die aktuelle Vorlagen des BAGs in nächster Zeit nicht zu erwarten. Das deutsche Urlaubsrecht muss sich insofern von seinem Verständnis lösen, nach dem ein Urlaubsabgeltungsanspruch nur dann entstehen kann, wenn mit ihm der Zweck des Urlaubsanspruchs noch erreicht werden kann.

Überzeugend ist das allerdings nicht. Auch ein Geldanspruch verfolgt regelmäßig einen bestimmten Zweck. Dann aber begrenzt der Zweck zugleich die Reichweite des Anspruchs. Für den Abgeltungsanspruch hieße das, dass er nur entstehen kann, wenn zumindest noch eine abstrakte Möglichkeit besteht, dass der Arbeitnehmer Erholung, Entspannung und Freizeit verwirklichen kann. Endet das Arbeitsverhältnis

durch den Tod des Arbeitnehmers, ist das nicht möglich. Der Tod ist ein Sonderfall, der gewissermaßen über dem Tatbestandsmerkmal der „Beendigung“ i.S.v. sowohl Art. 7 II ArbZ-RL als auch § 7 IV BUrlG steht und folglich nicht darunter gefasst werden kann.

Es ist bedauernswert, dass der EuGH sich mit seinem Ergebnis nicht nur selbst widerspricht, sondern jenes auch noch unverfroren mit dem Arbeitnehmerschutzzweck der ArbZ-RL begründet. Im Tod lässt sich Arbeitnehmerschutz nicht verwirklichen. Das allein rechtfertigt es, den Tod als anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal auszuklammern. Ebenfalls statuiert die *Arbeitszeit-RL* keinen Erbenschutz. Der Tod sollte deshalb als Ausnahme von der Abgeltungspflicht bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses anerkannt werden und nicht Tür und Tor für Erben öffnen, sich auf Kosten des Arbeitgebers zu bereichern.

Und dennoch sind den deutschen Juristen die Hände gebunden. Eine Umsetzung der verbindlichen EuGH-Rechtsprechung muss sogar noch nicht einmal mit „Biegen und Brechen“ in das deutsche Urlaubsrecht hineingelesen werden, da die „Beendigung“ des Arbeitsverhältnisses i.S.d. § 7 IV BUrlG bereits vom Wortlaut her auch den Tod umfassen kann. Dogmatisch ist es dann überzeugend, von einem Stammrecht auf Urlaub auszugehen, das gem. § 1922 I BGB auf den Erben übergeht. Der Abgeltungsanspruch entsteht dann unmittelbar in der Person des Erben. Da § 7 IV BUrlG mithin richtlinienkonform ausgelegt werden kann, kommt es auf eine unmittelbare Wirkung des Unionsrechts nicht mehr an.

Der „Wirbelsturm“, mit dem der EuGH seit Jahren durch das deutsche Urlaubsrecht fegt, hat deutliche Spuren hinterlassen. Ein Ende ist nicht in Sicht. Als weitere Zwischenbilanz lässt sich jedoch festhalten: Der Arbeitgeber muss Erben den nicht genommenen Urlaub eines verstorbenen Arbeitnehmers auch dann in Geld auszahlen, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Das können dann auch mal 140 Urlaubstage sein. In jedem Fall aber sind es 140 Tage zu viel.

⁹¹ LAG Köln, BeckRS 2016, 72946 Rn. 25; LAG Düsseldorf, BeckRS 2016, 67518 Rn. 24.

⁹² *Ebd.*

⁹³ *Ebd.*

⁹⁴ *Ebd.*

⁹⁵ Ricken, NZA 2014, 1361, 1363.

⁹⁶ Haratsch/Koenig/Pechstein (Hrsg.), Europarecht¹⁰, 2016, Rn. 398.

Franziska Mauritz*

Die Zuordnung okkupierter oder annektierter Gebiete im Internationalen Privatrecht

A. Einleitung

Während sowohl auf internationaler¹ als auch auf nationaler Ebene² über die passende Haltung gegenüber Russland aufgrund der Annexion der Krim diskutiert wurde und wird, geht das Leben auf der Halbinsel für ihre Bewohner seit dem Frühjahr 2014 weiter. Ehen werden geschlossen, Kinder geboren, Häuser gebaut und gekauft.

Aus Sicht des Internationalen Privatrechts stellt sich die Frage, nach welchem Recht deutsche Gerichte diese Rechtsverhältnisse beurteilen sollten. Es wird im Folgenden untersucht, wie gewaltsame Gebietsänderungen sich auf die Zuordnung okkupierter oder annektierter Gebiete im Internationalen Privatrecht auswirken. Es geht dabei nicht um die politische Bewertung einer möglicherweise völkerrechtswidrigen Gebietsänderung, sondern um die Auswirkung auf die Rechtsbeziehungen der Privatpersonen,³ die dort leben.

Zunächst werden die völkerrechtlichen Grundlagen der Thematik kurz erläutert und die Krim als Beispiel angeführt (B). Im nächsten Schritt wird dargestellt, an welchen Stellen es im IPR relevant wird, dass ein Gebiet okkupiert oder annektiert wird (C). Der Hauptteil beantwortet die Frage, wie okkupierte oder annektierte Gebiete im IPR zugeordnet werden (D). Es folgen Ausführungen zur autonomen Begriffsbestimmung im Kollisionsrecht (E) und ein kurzes Fazit (F).

B. Völkerrechtliche Grundlagen

I. Okkupation im Sinne des Völkerrechts

Der Begriff Okkupation bezeichnet eine Vielzahl verschiedener Konstellationen, in denen ein Staat zeitlich begrenzt die Herrschaftsgewalt über ein bewohntes Gebiet ausübt, das außerhalb der akzeptierten internationalen Grenzen seines Staatsgebiets liegt.⁴ Gem. Art. 42 Haager Landkriegsordnung (HLKO) gilt ein Gebiet als okkupiert, wenn es sich tatsächlich in der Gewalt eines feindlichen Heeres befindet. Es ist dabei zu prüfen, ob die Streitkräfte die bestehenden

Herrschaftsstrukturen durch eigene ersetzt haben oder gezeigt haben, dass sie dazu in der Lage sind.⁵

II. Annexion im Sinne des Völkerrechts

1. Völkerrechtlicher Begriff der Annexion

Der Begriff Annexion meint den gewaltsamen Erwerb eines Gebiets durch einen Staat auf Kosten eines anderen Staates bzw. gegen dessen Willen.⁶ Eine Annexion setzt die effektive Besetzung des fremden Gebiets und den klaren Willen, es sich permanent anzueignen, voraus.⁷ Der Usurpator erklärt in der Regel ausdrücklich, dass er das Gebiet fortan als Teil seines Staates betrachtet.⁸

Eine Okkupation geht in eine Annexion über, wenn der besetzende Staat einen permanenten Anspruch auf das Gebiet erhebt, seine Herrschaft effektiv auf das Gebiet ausdehnt und dafür bleibende Herrschaftsstrukturen schafft.⁹ Annexionen sind eine völkerrechtswidrige Form des Gebietserwerbs, da sie gegen das in Art. 2 (4) UN-Charta (UNCH) normierte Gewaltverbot verstoßen.¹⁰

2. Folgen einer Annexion – Nichtanerkennung

Aufgrund der Völkerrechtswidrigkeit kann durch eine Annexion nicht rechtmäßig Gebiet erworben werden.¹¹ Andere Staaten sind daher nach einem auch als *Stimson Doctrine*¹² bezeichneten Prinzip völkerrechtlich verpflichtet, die Gebietsänderung durch Annexion nicht als rechtmäßig anzuerkennen.¹³

Zwar gibt es keine ausdrückliche Regelung zur Nichtanerkennungspflicht in der UNCh, allerdings kann die Pflicht als eine logische Folge des Gewaltverbots aus Art. 2 (4) UNCh angesehen werden.¹⁴ Zudem entspricht die

* Die Autorin ist Studentin der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Vgl. ZEIT Online, Kritik an Russland-Sanktionen aus Moskau, Brüssel und Berlin, 26.07.2017, abrufbar unter <http://www.zeit.de/politik/ausland/2017-07/usa-russland-sanktionen-sergej-rjabkow> (zuletzt abgerufen am 24.04.2017).

² Vgl. ZEIT Online, Bundesregierung kritisiert Krim-Besuch von AfD-Politikern, 05.02.2018, abrufbar unter <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2018-02/afd-landtagsabgeordnete-krim-reise-bundesregierung-distanzierung> (zuletzt abgerufen am 24.04.2018).

³ Soweit das IPR und IZVR durch hoheitliche Rechtsverhältnisse berührt werden, bleibt dies ausgeklammert.

⁴ Roberts, in: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online Ressource, seit 2008, Occupation, Military, Termination of, Rn. 3; vgl. auch Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law⁸, 2012, S. 222.

⁵ Vgl. IGH, *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, Ents. vom 19.12.2005, S. 65, Rn. 172-178; vgl. auch Arnould, Völkerrecht³, 2016, Rn. 1282; Gasser, in: FS Fleck, 2004, S. 139, 141.

⁶ Schätzel, Das Recht des völkerrechtlichen Gebietserwerbs, 1959, S. 103-165.

⁷ Hofmann, in: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Online Ressource, Oxford seit 2008, Annexation, Rn. 1; Scupin, in: FS Küchenhoff, 1967, S. 215, 217; Bindschelder, in: Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, 1. Band², 1960, Annexion, S. 68.

⁸ Willershausen, Zerfall der Sowjetunion – Staatennachfolge oder Identität der Russländischen Föderation, 2002, S. 96.

⁹ Roberts (Fn. 4), Occupation, Military, Termination of, Rn. 36 f.

¹⁰ Arnould, Völkerrecht (Fn. 5), Rn. 79; Hofmann (Fn. 7), Annexation, Rn. 1, 14 f.; Scupin (Fn. 7), S. 215, 221.

¹¹ Parameswaran, Besatzungsrecht im Wandel, 2008, S. 35.

¹² Vgl. dazu ausführlich Sharma, Territorial Acquisition, Disputes and International Law, 1997, S. 148-158; Talmon, Kollektive Nichtanerkennung illegaler Staaten, 2006, S. 90-95.

¹³ Hofmann (Fn. 7), Annexation, Rn. 15; Raic, Statehood and the Law of Self-Determination, 2002, S. 90 f., 107; Willershausen (Fn. 8), S. 96.

¹⁴ Sharma (Fn. 12), S. 151.

Nichtanerkennungspflicht im Hinblick auf gewaltsame Gebietsveränderungen der gängigen Praxis der Staatengemeinschaft und der Vereinten Nationen, wie auch verschiedene Regelungen, die von Unterorganisationen der Vereinten Nationen erlassen wurden¹⁵, und Art. 41 (2) der *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* der *International Law Commission* von 2001, die als Völkergewohnheitsrecht¹⁶ anerkannt werden¹⁷, zeigen.

3. Beispiel der Annexion der Krim

Im Frühjahr 2014 wurden die Parlaments- und Regierungsgebäude in Semferopol durch pro-russische Separatisten besetzt und verstärkt russische Truppen auf der Halbinsel eingesetzt. Am 16. März wurde ein Referendum auf der Halbinsel über die Zugehörigkeit zu Russland oder der Ukraine abgehalten. Russland zufolge stimmten 96,77 % für eine Wiedervereinigung mit Russland, die Beteiligung lag bei 83,1 %.¹⁸ Trotz Protestes der Vereinten Nationen wurde zwei Tage nach dem Referendum ein Eingliederungsvertrag geschlossen.¹⁹

Der Einmarsch russischer Truppen war nicht durch einen Vertrag gedeckt und verletzte daher das Gewaltverbot aus Art. 2 (4) UNCh. Das abgehaltene Referendum verstieß schon deshalb gegen Völkerrecht, da es auf der Ausnutzung einer Situation beruhte, die entgegen dem Gewaltverbot geschaffen wurde. Zudem wurden internationale Standards bezüglich Referenden nicht eingehalten.²⁰ Auch stand der Krim kein Sezessionsrecht zu.²¹ Dementsprechend konnte die Inkorporation der Krim in den russischen Staatsverband nicht rechtmäßig sein.²²

Die Vorgänge im Frühjahr 2014 auf der Krim stellen somit eine völkerrechtswidrige Annexion im oben aufgeführten Sinne dar.²³

C. Relevanz von Okkupationen und Annexionen für das Internationale Privatrecht

Okkupationen und Annexionen können im Rahmen des IPR an verschiedenen Stellen relevant werden. Zunächst kann man sich die Frage stellen, ob internationale völkerrechtliche Übereinkommen²⁴ anwendbar sind, die die legitime Regierung ratifiziert hat, oder solche, die für die Besatzungsmacht gelten.

Der Anknüpfungsmoment der Staatsangehörigkeit (vgl. etwa Art. 5 EGBGB) hat neben seiner Funktion im IPR auch völkerrechtlichen Gehalt.²⁵ Fraglich ist, ob eine Okkupation oder Annexion etwas an der kollisionsrechtlichen Zuordnung einer Person aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit ändert.

Wenn als Statut auf die in einem okkupierten oder annektierten Gebiet geltende Rechtsordnung verwiesen wird, ist zu klären, ob dies als Verweis auf die faktisch dort geltende Rechtsordnung oder auf die durch den legitimen Gesetzgeber geschaffene Rechtsordnung zu verstehen ist.²⁶

D. Zuordnung okkupierter oder annektierter Gebiete im Internationalen Privatrecht

Im Folgenden soll die Zuordnung okkupierter oder annektierter Gebiete im Hinblick auf alle oben aufgeführten Konstellationen untersucht werden. Dabei wird das in Deutschland geltende Internationale Privatrecht zugrunde gelegt.

I. Anwendbare Rechtsordnung

Eine militärische Besetzung als solche ändert nichts an dem Privatrecht, das in dem besetzten Gebiet gilt.²⁷ Dies kann sich ändern, wenn der Besatzer tatsächlich die Herrschaft übernimmt und die Herrschaftsstrukturen ändert, und etwa Gesetze verabschiedet und anwendet. Grundsätzlich gilt völkerrechtlich gesehen die nationale Rechtsordnung des besetzten Gebiets weiter.²⁸

Gesetze, die der Okkupant für das besetzte Gebiet erlässt, sind im Hinblick auf die völkerrechtliche und kollisionsrechtliche Wirksamkeit danach zu unterscheiden, ob sie innerhalb der völkerrechtlich zulässigen Grenzen für den Erlass von Rechtsakten während einer Besetzung erlassen

¹⁵ Sharma (Fn. 12), S. 151-154; Talmon (Fn. 12), S. 337-361.

¹⁶ Gem. Art. 38 Abs. 1 lit. b) des IGH Statuts wendet der IGH auch internationales Gewohnheitsrecht an. Dieses stellt grundsätzlich eine wichtige Rechtsquelle des Völkerrechts dar und ist bindend. Vgl. dazu ausführlich: Crawford (Fn. 4), S. 23 f.

¹⁷ Krumbiegel, Die Pflicht zur Nicht-Anerkennung völkerrechtswidriger Gebietsänderungen, 2016, S. 38; Marxsen, 74 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) (2014), S. 367, 390 f.; vgl. auch Crawford (Fn. 4), S. 155; krit.: Talmon (Fn. 12), S. 361. AA: Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 350.

¹⁸ Vgl. Sputnik News, Krim Referendum: 96,77 Prozent stimmen für Wiedervereinigung mit Russland, 17.03.2014, abrufbar unter <https://de.sputniknews.com/poli-tik/20140317268050290-Krim-Referendum-9677-Prozent-stimmen-fr-Wiedervereinigung-mit/> (zuletzt abgerufen am 24.04.2018).

¹⁹ Vgl. zu den Ereignissen im Frühjahr: Krumbiegel (Fn. 17), S. 118 f.; Luchterhandt, AVR 2014, S. 137, 140 f.; zu den von Russland erlassenen Rechtsakten: Pritskow, Osteuropa-Recht 2014, S. 426 ff.

²⁰ Brunner, ZRP 2014, S. 250; Krumbiegel (Fn. 17), S. 134-136; Luchterhandt, AVR 2014, S. 137, 155 ff.

²¹ Vgl. dazu ausführlich: Luchterhandt, AVR 2014, S. 137, 151 ff.; differenzierend: Marxsen, 74 ZaöRV (2014), S. 367, 384 ff.

²² Krumbiegel (Fn. 17), S. 137 f.; Luchterhandt, AVR 2014, S. 137, 169 ff. AA: Geistlinger, AVR 2014, S. 175, 202 f.

²³ Brunner, ZRP 2014, S. 250, 251; Luchterhandt, AVR 2014, S. 137, 173; Kontorovich, 53 Colum. J. Transn. L. (2014), S. 584, 592, 627. AA: Geistlinger, AVR 2014, S. 175, 202 f.

²⁴ Bühler in: FS Wolff, 1952, S. 177, 200; Mansel in: Leible/Ruffert (Hrsg.), IPR und Völkerrecht, 2006, S. 89, 103 ff.; Neuhaus, 21 German Yearbook of International Law (GYBIL) (1978), S. 60, 70.

²⁵ Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band 1 Allgemeine Lehren², 2003, § 3 Rn. 25.

²⁶ Engel in: FS Rothoeft, 1994, S. 87, 88 f.; Wengler, in: Mitglieder des BGH (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Band VI/1 Internationales Privatrecht¹², 1981, § 12 a) (S. 282); Leitsätze Stoll, 4 BerGesVR (1961), S. 151.

²⁷ Vgl. RG, JW 1925, S. 1639 f.; RG, JW 1922 S. 1324 f.; Bar/Mankowski (Rn. 25), § 3 Rn. 29.

²⁸ Gasser, in: Fleck, Dieter (Hrsg.), Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten, 1994, S. 205; Parameswaran (Fn. 11), S. 56.

wurden.²⁹

1. Geltung der HLKO

Die HLKO regelt die Verwaltung und Gesetzgebung in besetzten Gebieten,³⁰ sie ist weitgehend gewohnheitsrechtlich anerkannt³¹ und bindet als Völkergewohnheitsrecht über die Vertragsparteien hinaus weitere Staaten.³² Für die Gesetzgebung ist insbesondere Art. 43 HLKO relevant, der lautet: „Nachdem die gesetzmäßige Gewalt tatsächlich in die Hände des Besetzenden übergegangen ist, hat dieser alle von ihm abhängigen Vorkehrungen zu treffen, um nach Möglichkeit die öffentliche Ordnung und das öffentliche Leben wiederherzustellen und aufrechtzuerhalten, und zwar, soweit kein zwingendes Hindernis besteht, unter Beachtung der Landesgesetze.“

2. Gesetzgebung im Rahmen der HLKO

Aufgrund der Völkerrechtswidrigkeit der Okkupation oder Annexion sind nur Gesetze zulässig, die die provisorische Verwaltung betreffen und tiefergreifende Änderungen vermeiden.³³

Maßnahmen, die nach Art. 43 HLKO zulässig sind, sind von dritten Staaten anzuerkennen.³⁴ Wenn sich das erlassene Gesetz innerhalb der dem Okkupant zustehenden Gesetzgebungsbefugnis bewegt, ist die Qualität als Recht unproblematisch.³⁵

Entgegen der völkerrechtlichen Qualifikation³⁶ sollte das vom Besatzer im Einklang mit der HLKO geschaffene Recht für die Zwecke des IPR als Bestandteil des örtlichen Rechts gelten und nicht nur als Recht der Besatzungsmacht. Sie handelt aus Sicht des IPR diesbezüglich anstelle der verdrängten Regierung, die die Gesetze ändern kann, wenn sie zurückkehrt.³⁷

3. Gesetzgebung außerhalb der HLKO

a) Unzulässigkeit von Gesetzen nach der HLKO

Gesetze, die über das zur provisorischen Verwaltung erforderliche Maß hinausgehen, sind nach der HLKO unzulässig. Insbesondere darf die Besatzungsmacht nicht ihr eigenes Herrschaftssystem in das besetzte Gebiet übertragen³⁸ oder die Gerichtsbarkeit und Verwaltung ohne Grund ersetzen³⁹. Gesetze, die eine völkerrechtswidrige Annexion dahingehend einleiten, dass die Herrschaftsstrukturen effektiv und

dauerhaft ersetzt werden, sind daher unzulässig.⁴⁰

b) Kollisionsrechtliche Einordnung

Wenn Gesetze erlassen werden, die über die Grenzen der HLKO hinausgehen, ist die kollisionsrechtliche Einordnung schwierig. Es stellt sich die Frage, ob für die Zwecke des IPR auf das faktisch geltende, völkerrechtswidrige Recht des Besatzers verwiesen wird oder auf das Recht der legitimen Regierung, welches derzeit nicht durchgesetzt wird.

aa) Illegitimität der erlassenen Gesetze

(1) Völkerrechtliche Pflicht der Nichtanerkennung

Wenn man auf das faktisch geltende, aber völkerrechtlich illegitime Recht des Besatzers abstellt, steht dies in einem Spannungsverhältnis zur völkerrechtlichen Pflicht der Nichtanerkennung von völkerrechtswidrig erlangtem Territorium.

(2) Konkludente Anerkennung durch Anwendung des Privatrechts

Man könnte in der Anwendung des Privatrechts durch Gerichte eine Anerkennung der Besatzungsmacht sehen, die der völkerrechtlichen Pflicht der Nichtanerkennung zuwiderläuft. Der genaue Inhalt dieser Pflicht ist im Gegensatz zu ihrem Bestehen noch sehr unklar.⁴¹

Grundsätzlich ist eine implizite oder konkludente Anerkennung einer Regierung oder Gebietsänderung möglich.⁴² Allerdings ist nicht geklärt, wann genau ein hoheitlicher Akt als konkludente Anerkennung gewertet wird. Auch wenn die völkerrechtliche Anerkennung einer Gebietsänderung in der Regel durch die Exekutive erfolgt,⁴³ ist eine Anerkennung durch Gerichte möglich.⁴⁴ Staaten sind die Handlungen ihrer nationalen Gerichte als eigene zuzurechnen,⁴⁵ daher wäre der Staat für eine Verletzung der Nichtanerkennungspflicht durch sie verantwortlich.⁴⁶

Allerdings erklären die Gerichte im Rahmen ihrer Entscheidung in der Regel, dass die Anwendung des Rechts unabhängig von der völkerrechtlichen Anerkennung erfolgt. Darin kann keine konkludente Anerkennung gesehen werden, da diese eben ausdrücklich ausgeschlossen wird.⁴⁷

Zudem handelt es sich völkerrechtlich gesehen bei der Frage nach der in einem Gebiet geltenden Rechtsordnung um eine Tatsachenfrage und bei der Frage nach der Souveränität eines staatlichen Gebildes oder der Völkerrechtsmäßigkeit einer Okkupation oder Annexion um eine Rechtsfrage.

²⁹ Bar/Mankowski (Rn. 25), § 3 Rn. 29.

³⁰ Greenwood, in: Fleck (Hrsg.), Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten, 1994, S. 21.

³¹ Gasser (Fn. 5), S. 139 ff.; Greenwood (Fn. 30), S. 21; Parameswaran (Fn. 11), S. 49.

³² Vgl. dazu Fn. 16.

³³ Gasser (Fn. 28), S. 195; Parameswaran (Fn. 11), S. 56, 65; Sauveplanne, 7 Netherlands International Law Review (NILR) (1960), S. 17, 40.

³⁴ Stoll, 4 BerGesVR (1961), S. 131, 141.

³⁵ Bar/Mankowski (Rn. 25), § 3 Rn. 30.

³⁶ Vgl. Kraus, in: FS Laun, 1953, S. 223, 236.

³⁷ Wengler, in: FS Lewald, 1953, S. 615, 618 f.

³⁸ Gasser (Fn. 28), S. 197 f.

³⁹ Gasser (Fn. 28), S. 206.

⁴⁰ Sauveplanne, 7 NILR (1960), S. 17, 41.

⁴¹ Kontorovich, 53 Colum. J. Transn. L. (2014), S. 584, 589; Krumbiegel (Fn. 17), S. 151; Talmon (Fn. 12), S. 362 f.

⁴² Bindschedler, 4 BerGesVR (1961), S. 1, 6; Crawford (Fn. 4), S. 149; Warbrick, 30 International and Comparative Law Quarterly (IntCompLQ) (1981), S. 568, 583.

⁴³ Sauveplanne, 7 NILR (1960), S. 17, 18.

⁴⁴ Talmon (Fn. 12), S. 467.

⁴⁵ Röben, Außenverfassungsrecht, 2007, S. 145.

⁴⁶ Talmon (Fn. 12), S. 468.

⁴⁷ Engel (Fn. 26), S. 87, 90; vgl. beispielsweise BGH, NJW 1967, S. 36; OLG Schleswig, IPRspr. 1956-57, Nr. 202.

Daher kann die Anwendung des Rechts des Okkupanten die Anerkennung der Gebietsänderung als rechtmäßig nicht implizieren.⁴⁸ Eine völkerrechtswidrige Okkupation oder Annexion wird daher nicht durch Anwendung des Rechts völkerrechtlich konkludent anerkannt.⁴⁹

Auch wenn in der Anwendung des Rechts keine konkludente Anerkennung der Gebietsänderung zu sehen ist, steht sie in einem Spannungsverhältnis zu der Pflicht der Nichtanerkennung, da sie auch mögliche Sanktionen der Völkergemeinschaft als weniger effektiv erscheinen lassen kann.

bb) Faktische Geltung des illegitimen Rechts

Trotz der Völkerrechtswidrigkeit der Gesetzgebung gilt das Recht des Besatzers faktisch für die Bewohner des besetzten Gebiets. Der Okkupant wird sein Recht unter Umständen sogar mit besonderem Geltungsanspruch und besonderer Geltungshärte durchsetzen, um seine Macht über das besetzte Gebiet deutlich zu machen.⁵⁰

Die Bewohner können dem faktisch geltenden Recht nicht ausweichen, sondern sind gezwungen, ihr Leben und ihre privaten Angelegenheiten an diesem Recht zu orientieren.⁵¹ Das Recht der Exilregierung existiert in der Regel nur noch auf dem Papier und ist für die Menschen in ihrem täglichen Leben nicht relevant.⁵²

Die Zivilbevölkerung hat ein starkes Interesse daran, dass auch vor ausländischen Gerichten nach dem Recht entschieden wird, an dem sie ihr Verhalten ausrichten (muss) und auf das sie vertraut.⁵³

cc) Divergenz zwischen Legitimität und Faktizität

Aus den beiden vorherigen Punkten folgt, dass bezüglich des Rechts in besetzten Gebieten eine Divergenz zwischen Legitimität und Faktizität besteht. Das IPR geht grundsätzlich davon aus, dass die Rechtsbeziehungen von Privatpersonen durch faktisch geltendes, staatliches Recht geregelt werden, das ein legitimer Gesetzgeber erlassen hat.⁵⁴ Diese Grundannahme trifft im Hinblick auf völkerrechtswidrige Okkupationen und Annexionen nicht zu. Das in dem besetzten Gebiet faktisch geltende Recht wird von einem Gesetzgeber erlassen und angewandt, der vom Völkerrecht als illegitim qualifiziert wird; das von dem legitimen Gesetz-

geber erlassene Recht kann sich nicht durchsetzen.⁵⁵

dd) Zuordnung

Fraglich ist, wie diese Divergenz sich auswirkt, wie also das Spannungsverhältnis zwischen der völkerrechtlichen Pflicht der Nichtanerkennung und der effektiven Durchsetzung dieser sowie den Interessen der Zivilbevölkerung an der Anwendung des effektiven Rechts aufzulösen ist.

Es wird im Folgenden kein Unterschied zwischen dem Recht nicht anerkannter Staaten und dem im Rahmen einer völkerrechtswidrigen Okkupation eingeführten Recht gemacht, da Fehlen oder Überschreiten der Rechtmäßigkeit zu den gleichen Ergebnissen führen.⁵⁶ Zudem existiert im Hinblick auf völkerrechtswidrige Okkupationen und Annexionen die oben dargestellte völkerrechtliche Pflicht der Nichtanerkennung.

(1) Widersprüche zwischen Justiz und Verwaltung sowie Regierung

Teilweise wird angeführt, dass ohne eine Anerkennung der rechtssetzenden Gewalt die Gesetze dieses Gesetzgebers trotz faktischer Geltung grundsätzlich nicht angewandt werden dürfen, da es ansonsten zu Widersprüchen zwischen den Entscheidungen der Justiz und der Verwaltung sowie Regierung kommen könnte.⁵⁷

Auch Gerichtsentscheidungen können einen Staat außenpolitisch positionieren, insbesondere, wenn entscheidungserheblich implizit über den Inhalt der Völkerrechtsordnung entschieden wird.⁵⁸

Nach dem deutschen Verfassungsrechtsverständnis obliegt das Handeln im Bereich der auswärtigen Beziehung in erster Linie den darauf spezialisierten Ressorts innerhalb der Exekutive.⁵⁹ Allerdings ist die Ausübung auswärtiger Gewalt nicht nur der Exekutive zugeordnet, sondern ist eine übergreifende, im Hinblick auf die Zuständigkeit nicht exklusiv zugeordnete Staatsfunktion mit Bindung an die Verfassung.⁶⁰

Nach dem kontinentaleuropäischen Gewaltenteilungsverständnis sind Gerichte zwar dem geltenden Recht, nicht aber der Exekutive unterworfen.⁶¹ Gerade auch im Hinblick auf Entscheidungen, die das Verfassungsrecht betreffen, darf dieses Prinzip nicht vernachlässigt werden.⁶² Gerichte müssen sich nicht vom Auswärtigen Amt oder einer anderen

⁴⁸ Talmon (Fn. 12), S. 477.

⁴⁹ Bogdan, 348 Recueil des Cours (RdC) (2010), S. 9, 215; Bolewski, Zur Bindung deutscher Gerichte an Äußerungen und Maßnahmen ihrer Regierung auf völkerrechtlicher Ebene, 1971, S. 207; Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 350.

⁵⁰ Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 348.

⁵¹ Wengler, in: RGRK-BGB (Fn. 26), § 12 c) (S. 288); Bar/Mankowski (Rn. 25), § 3 Rn. 32; Knittel, Geltendes und nicht geltendes Auslandsrecht im Internationalen Privatrecht, 1963, S. 88; Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 348.

⁵² Bar/Mankowski (Rn. 25), § 3 Rn. 34.

⁵³ Busse, IPRax 1998, S. 155, 156; Talmon (Fn. 12), S. 477; Engel (Fn. 26), S. 87, 94 f.

⁵⁴ Wengler (Fn. 37), S. 615; vgl. ausführlich zum Begriff der Geltung: Knittel (Fn. 52), S. 13 ff.

⁵⁵ Dies wird vorausgesetzt; wenn die Exilregierung noch Durchsetzungskraft besitzt, kann danach unterschieden werden, ob die Gesetzgebung in ihre Zuständigkeit oder in die des Okkupanten fällt, vgl. *Sauveplanne*, 7 NILR (1960), S. 17, 42.

⁵⁶ Sonnenberger, 29 BerGesVR (1988), S. 9, 23.

⁵⁷ Wengler (Fn. 37), S. 615, 623; vgl. zu möglichen Konstellationen bezüglich des Verhältnisses von Exekutive und Judikative im Hinblick auf völkerrechtliche Fragen: Bolewski (Fn. 50), S. 41 ff.

⁵⁸ Knöfel, in: FS Schütze, 2014, S. 243, 249 f.; Mankowski, IPRax 2017, S. 347; vgl. auch: Röben (Fn. 46), S. 145-159.

⁵⁹ Knöfel (Fn. 59), S. 243, 248; Röben (Fn. 46), S. 74-82.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 1, S. 372, 394 f.; BVerfGE 63, S. 343, 373; Knöfel (Fn. 59), S. 243, 249; Röben (Fn. 46), S. 1 f.

⁶¹ Bolewski (Fn. 50), S. 159 f.

⁶² Vgl. Mann, Süddeutsche JZ (SJZ) 1950, Sp. 545 f.

Stelle der Exekutive überwachen lassen und deren Sichtweise nicht ohne eigene Bewertung übernehmen.⁶³

Daher sind in Deutschland die Gerichte nicht daran gebunden, wenn die Bundesregierung eine Regierung nicht anerkennt.⁶⁴ Die Gerichte können selbst in freier Beweiswürdigung entscheiden, ob eine Gewalt eine *de facto*- oder *de jure*-Regierung ist.⁶⁵ Gänzlich anders wird dies im anglo-amerikanischen Raum gehandhabt.⁶⁶

Gegen die Unabhängigkeit der Richter in ihrer Entscheidung wird angeführt, dass es zu diplomatischen Problemen kommen könnte, wenn die legitime Regierung Einspruch gegen die Anerkennung des Besatzers und das damit einhergehende Ignorieren ihrer Rechte erhebt.⁶⁷ Es besteht aber gerade kein allgemeiner Rechtssatz, dass Gerichte darauf achten müssen, die außenpolitische Handlungsfreiheit der Bundesregierung nicht zu beschränken.⁶⁸

Die Anwendung des faktisch geltenden, illegitimen Rechts im okkupierten Gebiet kann unbestritten zu Widersprüchen zwischen Gerichten und der Regierung führen. Aber jedenfalls nach dem deutschen Gewaltenteilungsverständnis gibt es keine Pflicht der Judikative, das Recht einer aufgrund einer völkerrechtswidrigen Okkupation oder Annexion nicht anerkannter Regierungen nicht anzuwenden.

(2) Zwecksetzung und Wertneutralität des IPR

Das IPR dient der Gerechtigkeit zwischen Einzelnen. Ihm liegt der Gedanke der Anknüpfungsgerechtigkeit⁶⁹ zugrunde; das Ziel des IPR ist es, das Rechtsverhältnis der Rechtsordnung zu unterstellen, zu der es die engste Verbindung hat.⁷⁰ Es wird nach internationalprivatrechtlicher Gerechtigkeit⁷¹ im Rahmen von privaten Rechtsverhältnissen gestrebt, daher orientiert sich das IPR an den Bedürfnissen Privater.⁷²

Aufgrund der privatrechtlichen Orientierung wird die Anwendung fremden Rechts nicht dem fremden Staat geschuldet oder soll seinen Interessen dienen.⁷³ Außenpolitik

gehört nicht zu den anerkannten Interessen und Zielen des Kollisions- und Verfahrensrechts. Dessen Funktion ist gleichbleibend, während Machthaber und die völkerrechtliche Bewertung sich ändern können.⁷⁴

Daher ist das IPR vom Grundsatz her unpolitisch und wertneutral bezüglich des Inhalts verschiedener Rechtsordnungen und verschiedenen Regierungen bzw. sollte es idealerweise sein.⁷⁵ Überspitzt formuliert ist das IPR jeglicher Politik gegenüber blind, kollisionsrechtliche Anknüpfungen dienen nicht dem Schutz außenpolitischer Interessen.⁷⁶

Durch Anknüpfungspunkte im IPR sollen vielmehr die Realität abgebildet und Fakten richtig dargestellt werden.⁷⁷ Die Anerkennung von Fakten bedeutet nicht die Anerkennung der Motive, die hinter ihrer Schaffung stehen.⁷⁸ Fakten unterliegen gerade keiner Inhaltskontrolle, die faktische Wirkung von etwas ist eine Tatsache.⁷⁹ Man kann diesbezüglich eine Parallele zur umstrittenen Machttheorie⁸⁰ erwägen.⁸¹ Danach wird im Rahmen Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO die Anwendung von Eingriffsnormen zugelassen, wenn ein Staat die Macht hat, die Normen durchzusetzen. Dabei spielen keine kollisionsrechtlichen Erwägungen eine Rolle, sondern die Anerkennung der bestehenden Machtverhältnisse.⁸² Die reale Durchsetzung schafft Fakten, die man kaum ignorieren kann.⁸³ Auch hier zeigt sich die Wertneutralität des IPR in Bezug auf Fakten, die bestehen und als solche anerkannt werden.

Im Hinblick auf die Zwecksetzung des IPR ist festzuhalten, dass das IPR grundsätzlich blind bzw. neutral bezüglich politischer Erwägungen ist und auf gegebene Fakten abstellt. Dies deutet darauf hin, dass nach der Zwecksetzung des IPR die Völkerrechtswidrigkeit einer Okkupation oder Annexion und die damit zusammenhängende Illegitimität der faktisch geltenden Gesetze für das IPR nicht beachtlich sein sollten.

(3) Weitere Argumente / Entscheidung

Im Folgenden werden weitere Argumente bezüglich der Auflösung des Spannungsverhältnisses untersucht und versucht, eine sachgerechte Entscheidung zu finden.

⁶³ Knöfel (Fn. 59), S. 243, 255; Menzel, Internationales Öffentliches Recht, 2011, S. 705 f.; Stein, Amtshilfe in auswärtigen Angelegenheiten, 1975, S. 179.

⁶⁴ Vgl. OLG Hamm, NJW 1973, S. 2156; KG, FamRZ 1966, S. 210; LG Bremen, FamRZ 1960, S. 154; Hofmann, 49 ZaöRV (1989), S. 41, 52; Kraus (Fn. 36), S. 223, 235.

⁶⁵ Talmon (Fn. 12), S. 463.

⁶⁶ Talmon (Fn. 12), S. 461; vgl. etwa Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. And Others (No 2) (1966) [1967] 1 AC 858, 901 (HL); aus NZ: Bilanz v. Rigg (1971) [1972] N.Z.L.R. 954 (HCW).

⁶⁷ Wengler (Fn. 37), S. 615, 623.

⁶⁸ Knöfel (Fn. 59), S. 243, 255.

⁶⁹ Vgl. Wendehorst, in: v. Hein (Redakteur), Münchener Kommentar zum BGB, Band 12⁷, 2018, Vorbemerkung zu Art. 43 EGBGB, Rn 11.

⁷⁰ Lorenz, in: Bamberger/Roth, Herbert (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3³, 2012, Einl IPR Rn. 4; Thorn, in: Palandt, Otto (Begr.) Beck'sche Kurzkommentare Bürgerliches Gesetzbuch⁷⁶, 2017, Einl vor Art. 3 EGBGB Rn. 1; Sonnenberger, 29 BerGesVR (1988), S. 9, 23.

⁷¹ Vgl. dazu ausführlich Flessner, Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, 1990, S. 78-97; siehe auch Neuhaus, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts², 1976, § 5.

⁷² Vgl. Bolewski (Fn. 50), S. 195; Knittel (Fn. 52), S. 89; Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 349.

⁷³ Bogdan, 348 RdC (2010), S. 9, 215; Chen, The International Law of Recognition, 1951, S. 167; vgl. auch Bar/Mankowski (Fn. 25), § 3 Rn. 2.

⁷⁴ Knöfel (Fn. 59), S. 243, 245.

⁷⁵ Differenzierend: Bogdan, 348 RdC (2010), S. 9, 77 ff.

⁷⁶ Knöfel, in: FS Magnus, 2014, S. 459, 471.

⁷⁷ Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 350; siehe auch Chen (Fn. 73), S. 7, 167.

⁷⁸ Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 350; im Hinblick auf die Berücksichtigung faktisch geltender Eingriffsnormen: Fetsch, Eingriffsnormen und EG-Vertrag, 2002, S. 57, 61; Kuckein, Die „Berücksichtigung“ von Eingriffsnormen im deutschen und englischen internationalen Vertragsrecht, 2008, S. 88; Mankowski, IPRax 2016, S. 485, 489 f.

⁷⁹ Vgl. Kuckein (Fn. 78), S. 286; Mankowski, IPRax 2016, S. 485, 490.

⁸⁰ Vgl. v. Hoffmann, in: Soergel, Hans Theodor (Begr.), Kohlhammer-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Band 10¹², 1996, Art. 34 EGBGB Rn. 85, 90; Drobnig, in: FS Neumayer, 1985, S. 159, 172; Kegel, in: FS Seidl-Hohenveldern, 1988, S. 243, 260; Kegel/Seidl-Hohenveldern, in: FS Ferid, 1978, S. 233, 241 ff.

⁸¹ Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 350.

⁸² Fetsch (Fn. 78), S. 33 f.; krit.: Magnus, in: v. Staudinger, Julius (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Vertragsrecht 1, Neubearbeitung 2016, Art. 9 Rom I-VO Rn. 95.

⁸³ Mankowski, IPRax 2016, S. 485, 489.

(a) IPR als Ergebnis einer völkerrechtlich begründeten Pflicht

Wenn man das IPR als Ergebnis einer völkerrechtlich begründeten Pflicht zur Respektierung der Privatrechtsordnungen anderer Staaten versteht, kann keine Verweisung auf das in einem okkupierten oder annektierten Gebiet völkerrechtswidrig eingeführte Recht akzeptiert werden.⁸⁴ Ansonsten könnten die Belange des legitimen Gesetzgebers beeinträchtigt werden, da seine völkerrechtsmäßig erlassene Privatrechtsordnung ignoriert wird.⁸⁵

Allerdings widerspricht diese Sichtweise der Zwecksetzung des IPR. Die Anwendung von Privatrecht dient, wie oben aufgeführt, der Gerechtigkeit zwischen Privatpersonen und fördert daher nicht die Belange des illegitimen Gesetzgebers.⁸⁶ Die Anwendung enthält nicht zwingend eine politische Aussage neben der, dass in dem besetzten Gebiet effektiv die Rechtsordnung des Besatzers gilt – was ein Fakt und keine Wertungsfrage ist. Keinesfalls muss die Anwendung des Privatrechts dazu führen, dass die Anerkennung von Staaten sich grundsätzlich an der Effektivität orientiert.⁸⁷

(b) Effektivität von Sanktionen

Gegen die Anwendung des faktisch geltenden Rechts kann man zudem anführen, dass Sanktionen, die die Völkergemeinschaft verhängt, nicht mehr so effektiv wirken. Allerdings gibt es bessere Wege, Sanktionen effektiv zu gestalten, als sie zu Lasten von Privatpersonen wirken zu lassen. Die Anwendbarkeit der Rechtsordnung hat im Hinblick auf Privatrechtsverhältnisse nicht direkt etwas mit etwaigen Sanktionen zu tun, die gegen den Aggressor wirken sollen.

(c) Internationale Entscheidungsharmonie und Rechtssicherheit

Die Anwendung des faktisch geltenden Rechts entspricht dem wichtigen Prinzip der internationalen Entscheidungsharmonie⁸⁸, da in jedem Fall in dem okkupierten oder annektierten Gebiet die Gerichte nach diesem Recht entscheiden.⁸⁹

Zudem kann nur so Rechtssicherheit für die Betroffenen erreicht werden. Auch das BVerfG misst der Rechtssicherheit einen hohen Stellenwert bei, beispielsweise kann die Nichtigkeitserklärung von Gesetzen nicht auf abgeschlossene Tatbestände zurückwirken.⁹⁰ Das IPR hat keinen Anspruch, in der ähnlichen Situation der Völkerrechtswidrigkeit anders zu verfahren⁹¹ und deswegen faktisch für die Bevölkerung geltende Gesetze nicht anzuwenden.

(d) Menschenrechtliche Verpflichtung

Für die in einem annektierten Gebiet lebenden Menschen kann es neben den Unannehmlichkeiten, denen sie im Alltag begegnen, zu einem weiteren Unrecht durch Gerichtsentscheidungen kommen, die auf ein für sie faktisch nicht

geltendes Recht abstellen.⁹² Daher ist von einer Pflicht zur Anwendung des faktisch geltenden Rechts aus menschenrechtlichen Überlegungen auszugehen. Verschiedene Menschenrechte wie der Anspruch auf Anerkennung als Rechtsperson, das Recht zur Eheschließung und Auflösung der Ehe sowie das Recht auf Eigentum können betroffen sein. Ihre Durchsetzung bzw. Wirksamkeit kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob zum Beispiel eine Ehe nach dem Recht eines legitimen Gesetzgebers geschlossen wurde.⁹³

Der IGH und der EGMR haben in Entscheidungen klargestellt, dass die Nichtanerkennung nicht zu schwerwiegenden Nachteilen für die Bevölkerung führen darf.⁹⁴

Es ist daher unbillig, die Nichtanwendung des Privatrechts als Sanktion gegen die völkerrechtswidrige Besatzung zu handhaben.⁹⁵ Auf diese Weise würde die Nichtanerkennung der Okkupation oder Annexion auf dem Rücken der betroffenen Privatrechtssubjekte ausgetragen.⁹⁶ Einzelne Privatpersonen, die der Rechtsordnung des Besatzers unterworfen sind, dürfen außerhalb dieses Ordnungssystems nicht rechtlos gestellt werden.⁹⁷

(e) Ergebnis

Aufgrund seiner Wertneutralität kann das IPR die Existenz einer tatsächlich wirksamen Privatrechtsordnung nicht ignorieren, es zählt konkrete Effektivität und nicht abstrakte Effektivität oder Legitimität.⁹⁸ Es wird auch dann auf die durch die Gesetzgebung effektiv ausgeübte Gebietshoheit abgestellt, wenn die Macht zur Rechtssetzung auf völkerrechtswidrige Weise erlangt wurde. Die völkerrechtliche Legitimität der Rechtsetzung ist eben nicht erforderlich.⁹⁹ Es erscheint unnötig und problematisch, die Anwendung fremden Rechts in nationalen Gerichten von der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit abhängig zu machen.¹⁰⁰

Die Anwendung des ausländischen Rechts ist eine reine internationalprivatrechtliche und dadurch nationalrechtliche Frage. Sie ist nicht völkerrechtlicher Natur, daher sollte sie unabhängig von der völkerrechtlichen Anerkennung oder Nichtanerkennung beurteilt werden.¹⁰¹ Die Durchbrechung

⁸⁴ Sonnenberger, 29 BerGesVR (1988), S. 9, 22.

⁸⁵ Wortley, 85 RdC (1954), S. 239, 286.

⁸⁶ Stoll, 4 BerGesVR (1961), S. 131, 135.

⁸⁷ Entgegen Warbrick, 30 IntCompLQ (1981), S. 568, 587.

⁸⁸ Vgl. Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht⁸, 2005, § 3 Rn. 140; Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht⁹, 2004, § 2 II 3 a); Kropholler, Internationales Privatrecht⁶, 2006, § 6.

⁸⁹ Busse, IPRax 1998, S. 155, 156; Talmon (Fn. 12), S. 477.

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 32, S. 387, 390.

⁹¹ Bar/Mankowski (Fn. 25), § 3 Rn. 33.

⁹² Engel (Fn. 26), S. 87, 94 f.; Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 348.

⁹³ Vgl. Talmon (Fn. 12), S. 478; in Bezug auf de facto-Regime: Frowein, Das de facto-Regime im Völkerrecht, 1968, S. 191.

⁹⁴ IGH, ICJ Reports 1971, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia Notwithstanding Security Council Resolution 276, 29.01.1971, abrufbar unter <http://www.icj-cij.org/files/case-related/53/053-19710129-ORD-01-00-EN.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.04.2018), S. 16, 56, Rn. 125; Cyprus v. Turkey (Application no. 25781/94), EGMR Entscheidung vom 10.05.2001, Rn. 86.

⁹⁵ Knittel (Fn. 52), S. 89.

⁹⁶ Vgl. Sir Jocelyn Simon P. in Adams v. Adams [1970] 3 W.L.R. 934, S. 188, 216 (PDAD.); Collins, 6 KCLJ 20 (1995), S. 20, 23; Talmon (Fn. 12), S. 478.

⁹⁷ Bolewski (Fn. 50), S. 195.

⁹⁸ Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 349.

⁹⁹ Thorn, in: Palandt (Fn. 70) Einl vor Art. 3 EGBGB Rn. 1; Sturm/Sturm, in: v. Staudinger, Julius (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einleitung zum IPR, Neubearbeitung 2012, Einl zum IPR Rn. 532 f.; Jayme, Internationales Privatrecht und Völkerrecht, 2003, S. 27 f.; Stoll, 4 BerGesVR (1961), S. 131, 136.

¹⁰⁰ Vgl. Bar/Mankowski (Fn. 25), § 3 Rn. 32; Lipstein, 35 Transactions of the Grotius Society (1949), S. 157, 187.

¹⁰¹ Bolewski (Fn. 50), S. 196; Knittel (Fn. 52), S. 85; Raape, MDR 1948,

der Grundregeln des IPR durch Nichtanwendung des faktisch geltenden Rechts ginge anderenfalls zu Lasten der Gerechtigkeit im Einzelfall.¹⁰²

Es sind aber Grenzen dahingehend zu beachten, dass Menschen unter Umständen nicht von der Geltung des Rechts des Okkupanten ausgehen. Wenn Personen in dem okkupierten oder annektierten Gebiet das Recht der legitimen, verdrängten Regierung auf ihre Rechtsverhältnisse angewandt haben, sollte man die Wirksamkeit nicht versagen.¹⁰³ Die verdrängte Rechtsordnung sollte angewandt werden, wenn der Sachverhalt ihr effektiv unterlag.¹⁰⁴ Das Problem, dass dadurch unter Umständen Rechtsunsicherheit für andere, nicht direkt Beteiligte entsteht, ist an dieser Stelle zu vernachlässigen, da die Anwendung des Rechts in diesem Fall den Grundsätzen der Humanität entspricht.

4. Ausnahmen über den *ordre public* - Vorbehalt

Wie bereits oben angedeutet, kann es in einigen Fällen entgegen der grundsätzlichen Lösung geboten sein, nicht auf das Recht des Okkupanten abzustellen. Dafür ist eine Ausnahme über den eng auszulegenden¹⁰⁵ *ordre public*-Vorbehalt gem. Art. 6 EGBGB¹⁰⁶ der gangbare Weg. Der Vorbehalt kann gerade auch bei der Anwendung des Rechts des Okkupanten greifen.¹⁰⁷

Im Interesse des Betroffenen sollten hieran aber strenge Maßstäbe gesetzt werden, eine abstrakte Völkerrechtswidrigkeit der Okkupation oder Annexion reicht für den *ordre public*-Vorbehalt nicht aus.¹⁰⁸ Es geht nicht um die Völkerrechtswidrigkeit der Normen, sondern um ihren materiellen Inhalt, der gegen wesentliche Grundsätze verstößt. Teilweise kann aber ein Zusammenhang zwischen dem Grund der Nichtanerkennung und der Beschaffenheit der unvereinbaren Gesetze bestehen,¹⁰⁹ wenn sie beispielsweise eine übermäßige Durchsetzungshärte erlauben. Zudem ist der *ordre public*-Vorbehalt passend, wenn der Okkupant die Bevölkerung des Gebiets diskriminiert oder entrechtet.¹¹⁰

II. Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit

Staatsangehörigkeitsrechtlich erfolgt bei einer völkerrechtswidrigen Annexion niemals ein automatischer Wechsel der Staatsangehörigkeit.¹¹¹ Die Zwangseinbürgerung durch

annektierende Staaten wird als völkerrechtswidrig und daher nicht wirksam erachtet.¹¹²

Fraglich ist, ob die vom Okkupanten verliehene Staatsangehörigkeit im IPR dennoch beachtlich sein kann. Die Beantwortung dieser Frage hängt eng mit der oben gewonnen Erkenntnis zusammen, dass für die Zwecke des IPR grundsätzlich auf das faktisch geltende Recht abzustellen ist.¹¹³

Einige sehen eine Anerkennung des Staates und der Rechtsordnung als Voraussetzung für die Anwendung des Staatsangehörigkeitsrechts an.¹¹⁴ Völkerrechtswidriges Staatsangehörigkeitsrecht sollte nicht angewandt und beachtet werden.¹¹⁵ Ausländisches Staatsangehörigkeitsrecht müsse dementsprechend außer Betracht bleiben, wenn als Folge einer Annexion den Bewohnern des Gebiets die Staatsangehörigkeit der Besatzungsmacht verliehen wird.¹¹⁶ Eine unter Verletzung des Völkerrechts verliehene Staatsangehörigkeit sei nicht wirksam als kollisionsrechtlicher Anknüpfungsmoment.¹¹⁷

Allerdings bedeutet die Anerkennung der Staatsangehörigkeit als kollisionsrechtlicher Anknüpfungsmoment nicht die Anerkennung der Gebietsänderung aus völkerrechtlicher Sicht.¹¹⁸ Die privatrechtliche Bewertung hat keinen Einfluss auf den öffentlich-rechtlichen Status.¹¹⁹

Gegen die Unwirksamkeit der völkerrechtswidrig verliehenen Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmoment spricht der Zweck der Anknüpfung im IPR.¹²⁰ Der Anknüpfungsmoment steht in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Anwendung des im Gebiet eines Staates geltenden Rechts. Die Grundlage der kollisionsrechtlichen Anknüpfung ist nicht die Souveränität des Staates, sondern dessen Gebietskontrolle und Rechtsetzungsfähigkeit.¹²¹ Wenn man die Anwendung des effektiv geltenden Rechts bejaht, kann man die Wirksamkeit der vom Besatzer verliehenen Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmoment nicht pauschal verneinen. Sonst liefe die Verweisung auf das effektiv geltende Recht leer, was zu schwerwiegenden Nachteilen für

S. 363.

¹⁰² Stoll, 4 BerGesVR (1961), S. 131, 135.

¹⁰³ Wengler, in: RGRK-BGB (Fn. 26), § 12 c) (S. 288 f.); Engel (Fn. 26), S. 87, 95.

¹⁰⁴ Engel (Fn. 26), S. 87, 95.

¹⁰⁵ Thorn, in: Palandt (Fn. 70), Art. 6 EGBGB Rn. 4.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 21 Rom I-VO und Art. 26 Rom II-VO, die eine Nichtanwendung einer Vorschrift billigen, „wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung („ordre public“) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist“.

¹⁰⁷ Raape/Sturm, Internationales Privatrecht, Band I⁶, 1977, § 3 II 3; Sonnenberger, 29 BerGesVR (1988), S. 9, 24.

¹⁰⁸ v. Hein, in: v. Hein (Redakteur), Münchener Kommentar zum BGB, Band 10⁶, 2015, Art. 5 EGBGB Rn. 17.

¹⁰⁹ Raape/Sturm (Fn. 107), § 3 II 3.

¹¹⁰ Langer, Seizure of Territory, 1947, S. 108; Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 350.

¹¹¹ Sonnenberger, in: Sonnenberger (Redakteur), Münchener Kommentar zum BGB, Band 10⁵, 2010, IPR Einl Rn. 709; Ferid, Der Neubürger im Internationalen Privatrecht, I. Teil, 1949, S. 100; Grewe, SJZ 1946, Sp. 152, 154; Sonnenberger, 29 BerGesVR (1988), S. 9, 24.

¹¹² Bausback, in: v. Staudinger, Julius (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einleitung zum IPR, Art. 3-6 EGBGB, Neubearbeitung 2013, Anhang I zu Art. 5 EGBGB Rn. 43; Mann, 48 British Year Book of International Law (BrYBIL) (1978), S. 1, 40 ff.; Stoll, 4 BerGesVR (1961), S. 131, 147.

¹¹³ Sonnenberger, in: MüKoBGB (Fn. 111), IPR Einl Rn. 708; Sonnenberger, 29 BerGesVR (1988), S. 9, 22; Stoll, 4 BerGesVR (1961), S. 131, 148.

¹¹⁴ Bausback, in: Staudinger (Fn. 112), Anhang I zu Art. 5 EGBGB Rn. 41; Makarov, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrecht², 1962, S. 177 ff.; entspricht auch der grundsätzlichen Praxis der englischen Gerichte, vgl. *In re Al-Fin Corporation's Patent* [1970] 1 Ch. 160 (CD); Talmon (Fn. 12), S. 491-495.

¹¹⁵ Kegel, in: Soergel, Hans Theodor (Begr.), Kohlhammer-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Band 10¹², 1996, Art. 5 EGBGB Rn. 4; Kegel/Schurig (Fn. 88), § 3 II 4; Raape/Sturm (Fn. 107), § 7 III 3.

¹¹⁶ Kegel, in: Soergel (Fn. 115), Art. 5 EGBGB Rn. 4; Langer (Fn. 110), S. 107; Sturm, in: FS Jahr, 1993, S. 497, 501.

¹¹⁷ Wengler, in: RGRK-BGB (Fn. 26), § 10 g) 1 (S. 250).

¹¹⁸ Talmon (Fn. 12), S. 494; im Hinblick auf *de facto*-Regime krit.: v. Mangoldt, 29 BerGesVR (1988), S. 37, 79 f.

¹¹⁹ Sonnenberger, 29 BerGesVR (1988), S. 9, 14.

¹²⁰ Siehe E.I.3.b)dd)(2), S. 20.

¹²¹ Talmon (Fn. 12), S. 494.

den Einzelnen führen könnte.¹²² Der Sinn der Anknüpfung ist, auf die Rechtsordnung zu verweisen, mit der die Person eng verbunden ist. Daher muss auch bei der Auslegung des Anknüpfungsmoments Faktizität vorherrschen.¹²³

Wenn der Heimatstaat fortbesteht, wird er die von dem Besatzerstaat verliehene Staatsangehörigkeit in der Regel nicht als Grund für den Verlust seiner Staatsangehörigkeit ansehen. Daher liegt dann ein Fall von Doppelstaatsangehörigkeit vor.¹²⁴

Gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EGBGB ist bei ausländischer Doppelstaatsangehörigkeit auf die effektive Staatsangehörigkeit abzustellen. Die kann grundsätzlich auch die des annektierenden Staates sein.¹²⁵ Neben dem gewöhnlichen Aufenthaltsort der Person können weitere Umstände wie der erklärte Wille des Betroffenen relevant sein.¹²⁶

Anderes gilt, wenn sich die ursprünglichen Bewohner nicht mehr in dem besetzten Gebiet aufhalten und nicht dem dort geltenden Recht unterworfen sind.¹²⁷ Dann ist nicht auf Staatsangehörigkeit abzustellen, die die Besatzungsmacht unter Umständen auch außerhalb des Gebiets geflohenen Bürgern verliehen hat, sondern auf die Staatsangehörigkeit des Staates, von dem das Gebiet abgetrennt wurde.¹²⁸

III. Geltung internationaler Übereinkommen

Im Hinblick auf die Anwendung internationaler Übereinkommen kann auf die Ausführungen zu der Anwendbarkeit des Privatrechts verwiesen werden.¹²⁹ Es wäre unlogisch, würde man aufgrund der faktischen Geltung auf das Recht des Okkupanten abstellen, aber Übereinkommen, die für den Besatzerstaat gelten, nicht anwenden. Daher ist für die Bestimmung der Anwendbarkeit internationaler Übereinkommen darauf abzustellen, ob der Staat, der die faktische Herrschaftsgewalt in dem besetzten Staat ausübt, Partei des Übereinkommens ist oder nicht.

IV. Anwendung auf die Annexion der Krim

Die Krim wurde völkerrechtswidrig von Russland annektiert, die ukrainische Regierung ist der legitime Gesetzgeber. Allerdings gilt auf der Krim derzeit faktisch russisches Recht, die Ukraine kann ihre Hoheitsrechte über die Krim nicht mehr effektiv ausüben.¹³⁰ Es handelt sich somit um ein Gebiet, in dem das legitime Recht sich nicht durchsetzen kann

und faktisch das völkerrechtswidrige Recht des Okkupanten – also russisches Recht – gilt.

E. Schlussfolgerung: Autonome Begriffsbestimmung im Kollisionsrecht

Die Zuordnung okkupierter oder annektierter Gebiete im IPR lässt den Schluss zu, dass völkerrechtlich relevante Begriffe im Rahmen des Kollisionsrechts grundsätzlich unabhängig von der völkerrechtlichen Definition autonom bestimmt werden. Dabei sind die Wertungen des IPR zu beachten.¹³¹

I. Staat

Das IPR nutzt im Vergleich zum klassischen völkerrechtlichen Begriff¹³² einen eigenen, funktionellen¹³³ Staatsbegriff.¹³⁴ Es kann im Rahmen des Kollisionsrechts genügen, dass es sich bei dem infragestehenden Gebiet um eines mit einer einheitlichen Rechtsordnung handelt.¹³⁵ Dafür spricht auch die Regelung über das interlokale Privatrecht in Art. 22 Abs. 1 Rom I-VO.¹³⁶

Die Völkerrechtskonformität bzw. die völkerrechtliche Anerkennung eines Vorgangs, der eine faktische Änderung von Staatsgrenzen zur Folge hat, ist für das IPR nicht bedeutsam.¹³⁷ Die Anerkennung dient anderen Zwecken und sagt nichts darüber aus, ob in einem Staat eine tatsächliche wirksame Rechtsordnung existiert.¹³⁸

II. Recht

Im Rahmen des IPR gilt als Recht alles auf dem Gebiet faktisch geltende, also dem Normadressaten gegenüber wirksam durchgesetzte Recht.¹³⁹ Es geht darum, dass die beteiligten Personen sich im maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich nach dem Recht richten mussten bzw. gerichtet haben, da es ansonsten zu einem Auseinanderfallen von dem durch das IPR angewandten und dem tatsächlich geltenden Recht kommen kann.¹⁴⁰ Außenpolitische Erwägungen sagen nichts darüber aus, ob eine tatsächlich wirksame, faktisch geltende Rechtsordnung in einem Gebiet besteht.¹⁴¹

¹²² Sonnenberger, in: MüKoBGB (Fn. 111), IPR Einl Rn. 708; v. Hein, in: MüKoBGB (Fn. 108), Art. 5 EGBGB Rn. 17; Talmon (Fn. 12), S. 494.

¹²³ Sonnenberger, in: MüKoBGB (Fn. 111), IPR Einl Rn. 710; Stoll, 4 BerGesVR (1961), S. 131, 148; Talmon (Fn. 12), S. 495.

¹²⁴ Sonnenberger, 29 BerGesVR (1988), S. 9, 24.

¹²⁵ Sonnenberger, in: MüKoBGB (Fn. 111), IPR Einl Rn. 710; Sonnenberger, 29 BerGesVR (1988), S. 9, 25.

¹²⁶ Thorn, in: Palandt (Fn. 70), Art. 5 EGBGB Rn. 2, Bausback, in: Staudinger (Fn. 112), Art. 5 EGBGB Rn. 15.

¹²⁷ Vgl. Busse, in: Shapira/Tabory (Hrsg.), New Political Entities in Public and Private International Law, 1999, S. 115, 122; Talmon (Fn. 12), S. 495.

¹²⁸ Sonnenberger, in: MüKoBGB (Fn. 111), IPR Einl Rn. 711; Wengler, in: RGRK-BGB (Fn. 26), § 10 g) 1 (S. 251); Stoll, 4 BerGesVR (1961), S. 131, 148.

¹²⁹ Implizit Mankowski, IPRax 2017, S. 347 ff.

¹³⁰ Vgl. Brunner, ZRP 2014, S. 250, 251; Luchterhand, AVR 2014, S. 137, 140 f.; Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 351.

¹³¹ Vgl. Sonnenberger, 29 BerGesVR (1988), S. 9, 17.

¹³² Ausführlich dazu: Talmon (Fn. 12), S. 222-233; Willershausen (Fn. 8), S. 49-68.

¹³³ Talmon (Fn. 12), S. 477.

¹³⁴ Busse (Fn. 127), S. 115, 117 f.; Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 349.

¹³⁵ Thorn, in: Palandt (Fn. 70), Einl vor Art. 3 EGBGB Rn. 1; Kropholler (Fn. 88), § 8 II 1; Neuhaus, 21 GYBIL (1978), S. 60, 66; Stoll, 4 BerGesVR (1961), S. 131, 146.

¹³⁶ Vgl. Talmon (Fn. 12), S. 476.

¹³⁷ Sturm/Sturm, in: Staudinger (Fn. 99), Einl zum IPR Rn. 532; Busse (Fn. 127), S. 115, 119.

¹³⁸ Kropholler (Fn. 88), § 8 II 1.

¹³⁹ Kropholler (Fn. 88), § 8 II 2; Neuhaus, 21 GYBIL (1978), S. 60, 67.

¹⁴⁰ Busse, IPRax 1998, S. 155, 156.

¹⁴¹ Mankowski, IPRax 2017, S. 347, 349. AA: Lauterpacht, Recognition in International Law, 1948, S. 154.

III. Staatsangehörigkeit

Auch im Rahmen des Kollisionsrechts wird nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften geprüft, ob eine Person eine Staatsangehörigkeit erworben oder verloren hat.¹⁴² Die Funktion der Staatsangehörigkeit im IPR kann aber nicht mit Argumenten beeinflusst werden, die den durch die Staatsangehörigkeit vermittelten öffentlich-rechtlichen Status betreffen.¹⁴³ Die Staatsangehörigkeit als kollisionsrechtlicher Anknüpfungsmoment muss nicht immer mit dem völkerrechtlichen Begriff zusammenfallen.¹⁴⁴

Neben dem allgemeinen Begriff der Staatsangehörigkeit, der den Status der Zugehörigkeit einer Person zu einem Staat meint, gibt es funktionelle, eigenständige Staatsangehörigkeitsbegriffe für bestimmte Gesetze,¹⁴⁵ so eben auch im IPR. Einer Person können daher verschiedene Staatsangehörigkeiten für verschiedene Zwecke zugeordnet werden.¹⁴⁶

F. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist die Zuordnung okkupierter oder annektierter Gebiete im Internationalen Privatrecht unabhängig davon, wie Deutschland sich außenpolitisch gegenüber Russland aufgrund der Annexion der Krim positioniert.

Aufgrund der Zielsetzung des IPR, Gerechtigkeit in privaten Rechtsverhältnissen zu schaffen, wird für die Zwecke dieser Rechtsgebiete grundsätzlich im Hinblick auf okkupierte oder annektierte Gebiete auf das faktisch geltende Recht abgestellt. Das Gleiche gilt für die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit und die Anwendbarkeit internationaler Übereinkommen.

Nach dem deutschen Verfassungsverständnis ist eine abweichende Position von Exekutive und Judikative möglich. Es entspricht der Zwecksetzung und Wertneutralität des IPR, auf die tatsächliche Gebietshoheit abzustellen, dafür sprechen zudem menschenrechtliche Erwägungen.

Völkerrechtliche Dispute und Außenpolitik sollten nicht auf dem Rücken der Zivilbevölkerung ausgetragen werden. Das Völkerrecht und das Internationale Privatrecht sind in der vorliegenden Konstellation unabhängig voneinander. Auch bei völkerrechtlich geprägten Begriffen findet eine autonome Begriffsbestimmung im Kollisionsrecht statt.

Es ist möglich und aufgrund der unterschiedlichen Zwecksetzung der Rechtsgebiete nicht inkonsistent, Okkupationen oder Annexionen völkerrechtlich zu missbilligen und dennoch im Interesse der Privatpersonen das Recht des Okkupanten anzuwenden.

¹⁴² v. Hein, in: MüKoBGB (Fn. 108), Art. 5 EGBGB Rn. 13; Wengler, in: RGRK-BGB (Fn. 26), § 10 g) 1 (S. 250).

¹⁴³ Sonnenberger, 29 BerGesVR (1988), S. 9, 14; AA: Pitschas in: Jayme/Mansel (Hrsg.), Nation und Staat im Internationalen Privatrecht, 1990, S. 93, 98.

¹⁴⁴ Kropholler (Fn. 88), § 8 II 3; Neuhaus (Fn. 71), § 27 III 3.

¹⁴⁵ Makarov (Fn. 114), S. 12 f.

¹⁴⁶ Grossmann, 50 IntCompLQ (2001), S. 849, 854.

Karen Varón Romero*

Schiedsfähigkeit von Patentstreitigkeiten

A. Einführung

Die Schiedsgerichtsbarkeit hat in den vergangenen Jahren nicht zuletzt auf Grund von *TTIP* und *CETA* einiges an Kritik einstecken müssen. Von „Schatten-“ oder „Paralleljustiz“ ist oft die Rede, wenn darüber berichtet wird, dass Streitigkeiten anstatt vor einem staatlichen Gericht vor privaten Entscheidungsorganen ausgetragen werden.¹

Während die Öffentlichkeit diese Art der außergerichtlichen Streitbeilegung inzwischen vor allem auf Grund der negativen und teilweise gar reißerischen Berichterstattung geradezu dämonisiert,² erfreut sie sich in (internationalen) Wirtschaftskreisen hingegen einer großen und steigenden Beliebtheit.³ Dennoch existieren nach wie vor Bereiche wirtschaftsrechtlicher Streitigkeiten, in denen der Erfolgszug der Schiedsgerichtsbarkeit teilweise noch auf Widerstand stößt. Dies trifft zum Teil auf das Patentrecht zu. Anknüpfungspunkt der Diskussion ist dabei die Frage, ob solche Streitigkeiten, die unmittelbar oder mittelbar die Nichtigkeit von Patenten betreffen, überhaupt schiedsfähig sind.⁴ In Deutschland scheint die Debatte um diese Frage zuletzt etwas zum Erliegen gekommen zu sein. Aktuelle Entwicklungen im Rahmen des europäischen Patentrechts könnten sie allerdings erneut anfachen: Nach Jahrzehnte währenden Bemühungen steht die Einführung eines einheitlichen europäischen Patentsystems allem Anschein nach kurz bevor.⁵

Der vorliegende Beitrag hat zum Ziel, den Einfluss dieser aktuellen Entwicklungen auf die Diskussion um die Schiedsfähigkeit von Patentnichtigkeitsstreitigkeiten zu untersuchen. Dazu wird zunächst das europäische Patentsystem in seiner zukünftigen Ausgestaltung durch das einheitliche Patentsystem (B.) näher beleuchtet. Sodann wird beurteilt, wie sich mit der Einführung solcher europäischen Einheitspatente die Diskussion um die Schiedsfähigkeit sowohl für die Einheitspatente als auch für die der bestehenden nationalen Patente erneut und in teilweise anderer Einkleidung stellen wird (C.).

B. Das zukünftige europäische Einheitspatentsystem

Das Patentrecht ist traditionell stark von (zwingenden) Erwägungen des nationalen Rechts sowie vom Territorialitätsgrundsatz⁶ geprägt. Mit voranschreitender Globalisierung hat sich das jedoch als nachteilig erwiesen, da

international tätige Unternehmen sich zunehmend mit dem Problem konfrontiert sahen, sich für grenzüberschreitenden Patentschutz stets auf die oft kostspieligen, komplizierten und langwierigen nationalen Verfahren der Patenterteilung einlassen zu müssen. Um diese Hindernisse zu beseitigen und auch um die nationalen Schutzstandards einheitlicher zu gestalten, ist die europäische Zusammenarbeit im Bereich des Patentschutzes immer weiter vorangetrieben worden.⁷

Angestrebt wurde einerseits die Schaffung nicht nur einheitlich erteilter, sondern auch einheitlich wirkender Patente, andererseits die Schaffung eines gemeinsamen Gerichtssystems, um den Gefahren auseinanderdriftender nationaler Rechtsprechung entgegenzutreten. Die zahlreichen Versuche der EU, diese Wünsche zu erfüllen, waren in der Vergangenheit jedoch nicht von Erfolg gekrönt.⁸ Nun scheint das Ziel eines Einheitspatentsystems aber zum Greifen nahe: Das neue europäische sog. *Unitary Patent Package*⁹ bestehend aus einem Einheitspatent sowie einem Europäischen Einheitspatentgericht steht in den Startlöchern.

I. Das Einheitspatent

1. Rechtsgrundlagen und Entstehungsgeschichte

Nachdem eine im Jahr 2009 gestartete neue Initiative zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Patentschutzsystems erneut am Widerstand einiger Staaten zu scheitern drohte,¹⁰ entschloss man sich, das System auf den Einsatz des Mechanismus der sog. „Verstärkten Zusammenarbeit“ nach Art. 20 EUV i.V.m. Art. 118, 326 ff. AEUV zu stützen und so zumindest für die teilnahmewilligen Staaten aufzubauen.¹¹ Umgesetzt wurde diese Verstärkte Zusammenarbeit daraufhin in der sog. Einheitspatentverordnung¹² sowie in der Verordnung über die anzuwendenden Übersetzungsregelungen¹³. Beide Verordnungen sind zwar bereits entsprechend Art. 18 I EPVO bzw. Art. 7 I ESPVO am 20.01.2013 in Kraft getreten,¹⁴ aber gemäß Art. 18 II bzw. Art. 7 II noch nicht gültig, da das Patentgerichtsübereinkommen seinerseits noch nicht in Kraft getreten ist.¹⁵

* Die Autorin ist Studentin der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Vgl. Risse, SchiedsVZ 2014, 265, 266.

² Vgl. Risse, SchiedsVZ 2014, 265, 266.

³ Burger-Scheidlin, in: Torggler (Hrsg.), Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit, 2007, Einleitung Rn. 5 f.

⁴ Vgl. statt vieler: Holzner, Die objektive Schiedsfähigkeit von Immaterialgüterrechtsstreitigkeiten, 2001, S. 20.

⁵ Zurzeit geht man davon aus, dass das einheitliche Patentsystem im Laufe des Jahres 2018 starten wird; https://www.epo.org/law-practice/unitary/unitary-patent/start_de.html (zuletzt abgerufen am 28.04.2018).

⁶ Siehe beispielhaft aus der deutschen Rechtsordnung: BGH, GRUR 1968, 195, 196 – *Voran*.

⁷ Adolphsen, Europäisches und internationales Zivilprozessrecht in Patentsachen, 2009, Rn. 51 ff.; Osterrieth, Patentrecht, 2015, Rn. 126 ff.

⁸ Vgl. Luginbühl, GRUR Int 2013, 305 f.

⁹ Statt vieler: McMahon, IIC 2017, 42.

¹⁰ Vgl. Luginbühl, GRUR Int 2013, 305, 306.

¹¹ Vgl. Osterrieth (Fn. 7), Rn. 188 ff.; Eck, GRUR Int 2014, 114 f. Teilnehmende Staaten sind derzeit alle EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Spanien und Kroatien: https://www.epo.org/law-practice/unitary/unitary-patent/legal-framework_de.html (zuletzt abgerufen am 28.04.2018).

¹² Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. EU 2012 L 361, S. 1. Zitiert als: EPVO.

¹³ Verordnung (EU) Nr. 1260/2012 vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit bei der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen, ABl. 2012 EU L 361, S. 89. Zitiert als: EPSVO.

¹⁴ Haberl/Schallmoser, GRUR Prax 2013, 1.

¹⁵ Genauer dazu unter Abschnitt B. II. 1.

2. Erteilung und Wirkungen

Offiziell trägt das Einheitspatent den Namen „europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung“, Art. 2 c) EPVO. Aus diesem Begriff ergeben sich unmittelbar dessen wesentliche Erteilungsvoraussetzungen und Merkmale: Erstens ist das Einheitspatent im Kern ein (klassisches) europäisches Patent¹⁶, und zweitens hat es einheitliche Wirkung in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten.

a) Europäisches Patent als Ausgangspunkt

Wie Art. 3 I EPVO statuiert, bildet die Erteilung eines klassischen europäischen Patents den Ausgangspunkt für den Erhalt eines Einheitspatents.¹⁷ Aus der Regelung ergibt sich jedoch zugleich, dass nicht jedes europäische Patent für die „Entwicklung“ zum Einheitspatent taugt, sondern dass notwendig zwei wichtige Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Zum einen muss das Patent bereits für alle teilnehmenden Mitgliedstaaten erteilt worden sein. Das bedeutet für den Patentanmelder, dass er bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung Patentschutz in allen Teilnahmestaaten der EPVO begehren muss, um sich die Option der einheitlichen Wirkung offen halten zu können. Zum anderen muss die Erteilung mit den gleichen (Patent-)Ansprüchen erfolgt sein.¹⁸ Die einheitliche Wirkung erhält das Patent schließlich erst und auch nur dann, wenn der Inhaber innerhalb eines Monats nach Bekanntmachung des Hinweises auf die Erteilung im Europäischen Patentblatt einen darauf gerichteten Antrag stellt,¹⁹ diesem stattgegeben und die einheitliche Wirkung eingetragen wird.²⁰

b) Einheitliche Wirkung

Wie schon der Name deutlich werden lässt, ist das zweite wesentliche Merkmal des neuen Einheitspatents seine einheitliche Wirkung in den Teilnehmerstaaten. Doch was ist unter „einheitlicher Wirkung“ genau zu verstehen?

Zunächst ist darunter gemäß Art. 3 II, 5 II EPVO zu verstehen, dass das Patent einheitlichen Schutz bietet, d.h. der Umfang des Rechts und seine Beschränkungen in allen teilnehmenden Mitgliedstaaten gleich sind.²¹ Die Handlungen, gegen die dieser einheitliche Schutz bestehen

soll, sind allerdings nicht weiter in der Verordnung definiert; sie sollen stattdessen nach Art. 5 III EPVO dem nationalen Recht entnommen werden.²²

Unter dem Stichwort „einheitliche Wirkung“ ist zudem der einheitliche Bestand des Rechts zu verstehen. Denn das Ziel einheitlichen Patentschutzes würde trotz der Gewährung einheitlichen Schutzes weitgehend leerlaufen, wären die einzelnen nationalen Teile des Patents wie beim klassischen europäischen Patent in ihrem Bestand voneinander unabhängig.²³ Das Einheitspatent kann folglich gemäß Art. 3 II EPVO nur im Hinblick auf alle teilnehmenden Mitgliedstaaten (einheitlich) beschränkt, übertragen, für nichtig erklärt werden oder erlöschen.

II. Das Einheitspatentgericht

1. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage des Einheitspatentgerichts (EPG) ist das Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht.²⁴ Im Gegensatz zu EPVO und EPSVO ist dieses kein Rechtsakt der EU, sondern ein völkerrechtlicher internationaler Vertrag,²⁵ der allerdings nur den Mitgliedstaaten der EU zum Beitritt offen steht.²⁶

Das EPGÜ wurde zwar bereits entsprechend Art 84 I EPGÜ von den Vertragsmitgliedstaaten unterzeichnet, bedarf aber zum Inkrafttreten der nationalen Ratifikation durch mindestens 13 der Vertragsmitgliedstaaten, wobei als weitere Hürde zwingend die Ratifikation durch die drei Mitgliedstaaten, in denen im Jahr vor dem Jahr der Unterzeichnung die meisten geltenden europäischen Patente existierten, erforderlich ist.²⁷ Diese drei Staaten sind Deutschland, Großbritannien und Frankreich;²⁸ bisher liegt allerdings lediglich die Ratifikation des letzteren vor,²⁹ sodass das Übereinkommen bisher nicht in Kraft treten und das EPG somit seine Arbeit noch nicht aufnehmen konnte.

2. Stellung und sachliche Zuständigkeit

Als Produkt eines internationalen, nicht EU-rechtlichen Abkommens ist das EPG ein supranationales, gemeinsames

¹⁶ Zum Begriff siehe Art. 2 I des Übereinkommens über die Erteilung europäischer Patente. Zitiert als: EPÜ.

¹⁷ „Ein Europäisches Patent, das mit den gleichen Ansprüchen für alle teilnehmenden Mitgliedstaaten erteilt wurde, hat einheitliche Wirkung in den teilnehmenden Mitgliedstaaten, sofern seine einheitliche Wirkung in dem Register für den einheitlichen Patentschutz eingetragen wurde“.

¹⁸ Zum Begriff des Patentanspruchs s. v. *Falck/Apetz*, in: Kilian/Heussen (Hrsg. bis zur 32. EGL), Computerrechtshandbuch³³, 2017, Patentrecht Rn. 6 – 13.

¹⁹ Beschluss des Engeren Ausschusses des Verwaltungsrats vom 15. Dezember 2015 zur Genehmigung der Durchführungsordnung zum einheitlichen Patentschutz (SC/D 1/15), ABl. EPA 2016, A39, S. 10, Teil II, Kapitel I, Regeln 5 und 6 I.

²⁰ Vgl. Art. 3 I EPVO.

²¹ Im Gegensatz dazu entfaltet das „klassische“ europäische Patent nach Art. 2 II, 64 I, III EPÜ stets lediglich dieselbe Wirkung wie ein in dem jeweiligen Vertragsstaat erlassenes, nationales Patent, soweit das EPÜ nichts Anderes vorschreibt; vgl. *Osterrieth* (Fn. 7), Rn. 170. Deshalb wird dieses häufig vielmehr als „Bündel“ nationaler Patente bezeichnet; vgl. *Adolphsen* (Fn. 7), Rn. 120; *Osterrieth* (Fn. 7), Rn. 170.

²² Damit sind die nationalen Umsetzungsgesetze der Mitgliedstaaten zum EPGÜ gemeint, die alle gleichlautend erlassen werden müssen; *Eck*, GRUR Int 2014, 114, 115 f.

²³ Nach geltendem Recht sind für die europäischen Patente die Gerichte derjenigen Staaten, in welchem diese Wirkung entfalten, für den sie betreffenden Teil des Patents (und nur für diesen) genauso wie für die nationalen Patente zuständig. Für europäische Patente mit Wirkung in Deutschland ist also bspw. die Nichtigkeitsklage ebenfalls nach § 65 I 1 PatG vor dem BPatG zu ergeben; statt vieler: *Fitzner/Lutz/Bodewig*, in: BeckOK Patentrecht⁷, 2018, PatG § 81 Rn. 4.

²⁴ Übereinkommen über ein einheitliches Patentgericht, ABl. EU 2013 C 175, S. 1. Zitiert als: EPGÜ.

²⁵ *Tochtermann*, in: Benkard (Begr.), Patentgesetz¹¹, 2015, Internationaler Teil – Das internationale Patentrecht Rn. 157; *Haberl/Schallmoser*, GRUR Prax 2013, 1.

²⁶ ErWG (14) sowie Art. 84 IV EPGÜ.

²⁷ Art. 84 II, 89 I EPGÜ.

²⁸ *Augenstein/Haertel/Kiefer*, in: BeckOK Patentrecht (Fn. 23), EPGÜ – Einheitliches Patentrecht und Gemeinsames Patentgericht Rn. 8; *Hae-dicke*, GRUR Int 2013, 609 f.

²⁹ Siehe <http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=2013001> (zuletzt abgerufen am 28.04.2018).

Gericht der Vertragsmitgliedstaaten und somit wie ein nationales Gericht der jeweiligen Vertragsmitgliedstaaten zu behandeln (Art. 1 II EPGÜ). Dies hat zur Konsequenz, dass der EuGH zumindest zu Auslegungsfragen, die europäisches Recht betreffen, angerufen werden kann (und *muss*, vgl. ErwG (10), Art. 21 EPGÜ),³⁰ nach überwiegender Ansicht nicht aber zu Auslegungsfragen des sonstigen kodifizierten materiellen Patentrechts wie bspw. der Art. 25-30 und der dazugehörigen nationalen Umsetzungsgesetze.³¹

Gemäß seinem Art. 3 umfasst der Geltungsbereich des EPGÜ und damit der Zuständigkeitsbereich des EPG sowohl die Einheitspatente als nunmehr auch die klassischen europäischen Patente, wobei es hinsichtlich letzterer zwei wichtige Ausnahmen zu beachten gilt (vgl. Art. 83 EPGÜ).³²

C. Auswirkungen des einheitlichen europäischen Patentsystems auf die Bewertung der Schiedsfähigkeit von Patentstreitigkeiten?

I. Schiedsfähigkeit europäischer Patente nach geltendem Recht

Da das EPÜ insoweit keine gegenteilige Regelung trifft, ergibt sich in Anwendung der Grundregel des Art. 2 II EPÜ für die Beurteilung der Schiedsfähigkeit von europäischen Patenten mit deutschem Wirkungsanteil nichts Abweichendes zu dem, was für die nationalen Patente gilt: Folgt man der – zunehmend bestrittenen – h.M. in Deutschland und lehnt die Schiedsfähigkeit von Patentnichtigkeitsstreitigkeiten ab,³³ so muss die Schiedsfähigkeit im Bereich der Patentnichtigkeitsstreitigkeiten folglich auch für die klassischen europäischen Patente abgelehnt werden.

II. Schiedsfähigkeit der europäischen Einheitspatente

Neben all den unter Abschnitt B. dargestellten Neuerungen, die das EPG mit sich bringt, tritt eine weitere hinzu, die für den Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit von großem Interesse sein dürfte: Nach Art. 35 I EPGÜ soll ein Mediations- und Schiedszentrum (im Folgenden „das Zentrum“) für Patent-sachen geschaffen werden, welches Dienste „für Mediation und Schiedsverfahren in Patentstreitigkeiten, die unter dieses Übereinkommen fallen, zur Verfügung“ stellt (Art. 35 II 1 EPGÜ). Während diese Aussage für sich genommen noch

nicht viel zur Debatte der Schiedsfähigkeit beitragen kann ist die Einschränkung, die im Anschluss in letzten Satz des Art. 35 II gemacht wird, das Entscheidende. Dieser legt fest: „im Mediations- und in Schiedsverfahren darf ein Patent jedoch weder für nichtig erklärt noch beschränkt werden“.

Einigkeit scheint darüber zu bestehen, dass sich aus Art. 35 II 3 EPGÜ eine Beschränkung der Schiedsfähigkeit von Patentnichtigkeitsstreitigkeiten ergibt und man im einheitlichen europäischen Patentsystem zumindest die Möglichkeit einer unmittelbaren Nichtigerklärung mit Wirkung *erga omnes* ablehnt.³⁴ Unklar ist allerdings, wie weit diese Beschränkung genau reichen soll; nicht zuletzt auch deshalb, da zu dieser Frage offizielle Äußerungen bis dato in keiner Form vorliegen.

1. Inhaltliche Reichweite der Beschränkung

Bei rein objektiver, wertungsfreier Betrachtung des Wortlauts könnte sich aus der Vorschrift eine vollständige Ablehnung der Schiedsfähigkeit von Patentnichtigkeitsstreitigkeiten bezüglich der in den Zuständigkeitsbereich des EPG fallenden Patente ergeben, d.h. sowohl eine Ablehnung der Möglichkeit für das Schiedsgericht, im Schiedsspruch eine Nichtigkeitserklärung mit Wirkung *erga omnes* auszusprechen, als auch eine Ablehnung der Möglichkeit, das Patent nur mit Wirkung *inter partes* für nichtig zu erklären.³⁵

Diese Interpretation ist in der Literatur bisher allerdings mehrfach auf Ablehnung gestoßen. Der Wortlaut der Regelung schließe eine Nichtigerklärung mit Wirkung *inter partes* nicht per se aus.³⁶ Er könne zwar durchaus wie vorstehend interpretiert werden, eine solch enge Auslegung lege jedoch einen viel strengeren Maßstab an, als es derzeit in den Mitgliedstaaten der EU üblich sei und sei deshalb nur schwer vertretbar.³⁷ Gegen eine solche Interpretation spreche auch Regel 11 II des Entwurfs zur Verfahrensordnung des EPG³⁸, nach welchem das EPG auf Antrag der Parteien auch solche (auf eine Einigung beruhenden) Schiedssprüche mittels Urteil bestätigt, die den Patentinhaber zu einer Zustimmung zur Nichtigerklärung des Patents verpflichten.³⁹ Wenn ein solcher Schiedsspruch erlassen und vom EPG gerichtlich bestätigt werden könne,⁴⁰ so müsse dem Schiedsgericht auch eine Nichtigerklärung mit Wirkung *inter partes* gestattet

³⁰ Zustimmend *Augenstein/Haertel/Kiefer*, in: BeckOK Patentrecht (Fn. 23), EPGÜ Art. 1 Rn. 6; *Haedicke*, GRUR Int 2013, 609, 612; *a.A. Amort*, EuR 2017, 56, 74 f.

³¹ *Eck*, GRUR Int 2014, 114, 116; *Haberl/Schallmoser*, GRUR Prax 2013, 1, 2; differenzierend *Haedicke*, GRUR Int 2013, 609, 614 ff.; *krit. Osterrieth* (Fn. 7), Rn. 290.

³² Vertiefend: *Augenstein/Haertel/Kiefer*, in: BeckOK Patentrecht (Fn. 23), EPGÜ Art. 83 Rn. 25 – 44; *Tochtermann*, in: Benkard (Fn. 25), Internationaler Teil – Das internationale Patentrecht Rn. 171 – 174.

³³ Vgl. BT-Drucks. 13/5274, S. 35; *Münch*, in: MüKo ZPO⁵, 2017, § 1030 Rn. 33; *Musielak*, in: Musielak/Voit, Kommentar zur ZPO¹⁵, 2018, § 1030 Rn. 3; *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO³⁹, 2018, § 1030 Rn. 6; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichts-praxis, 2008, Rn. 311 ff.; wohl auch *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren⁶, 2016, Rn. 821; *a.A.* unter anderem *Geimer*, in: Zöl-ler, Kommentar zur ZPO³², 2018, § 1030 Rn. 14 f.; *Pfaff*, in: FS Nagel, 1987, S. 289 – 293; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 4 Rn. 11.

³⁴ Vgl. *de Miguel Asensi6n*, Rev. arb. com. 2014, 81, 99; *de Werra*, Arbitragem e Mediaç6o em Mat6ria de Propriedade Intelectual 2014, 17, 27; *Picht*, GRUR Int 2018, 1, 6.

³⁵ Vgl. *Picht*, GRUR Int 2018, 1, 2.

³⁶ *Schäfer*, in: Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (Hrsg.), Arbitration in Germany: the model law in practice², 2015, S. 914.

³⁷ Vgl. *de Miguel Asensi6n*, Rev. arb. com. 2014, 81, 100.

³⁸ Preliminary set of provisions for the Rules of Procedure of the Unified Patent Court, 18th draft of 19 October 2015, updated 15 March 2017, abrufbar unter: https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc_rules_of_procedure_18th_draft_15_march_2017_final_clear.pdf (zuletzt abgerufen am 28.04.2018).

³⁹ „Pursuant to Rule 365 the Court shall, if requested by the parties, by decision confirm the terms of any settlement or arbitral award by consent (irrespective of whether it was reached using the facilities of the Centre or otherwise), including a term which obliges the patent owner to limit, surrender or agree to the revocation of a patent or not to assert it against the other party and/or third parties (...)“. Zustimmend wohl *Picht*, GRUR Int 2018, 1, 7.

⁴⁰ Wodurch der Schiedsspruch gemäß Art. 82 I EPGÜ in den Vertragsmitgliedstaaten unmittelbar vollstreckbar wird.

werden.⁴¹

Untersage man sämtliche Formen der schiedsrichterlichen Entscheidung über die Nichtigkeit eines europäischen (Einheits-) Patents, so laufe das auch dem Zweck der Einführung des Zentrums zuwider, nämlich der Förderung der Schiedsgerichtsbarkeit bei patentrechtlichen Streitigkeiten.⁴² Es sei zudem sinnvoll, eine Entscheidung mit *inter partes*-Wirkung zuzulassen, da die meisten Streitigkeiten über den Bestand eines Patents im Rahmen einer vertraglichen Auseinandersetzung zwischen zwei konkreten Parteien entstehen würden.⁴³

2. Institutionelle Reichweite der Beschränkung

Unklar ist zurzeit auch, wie weit die Beschränkung des Art. 35 II 3 EPGÜ in institutioneller Hinsicht reichen soll. Angesichts der systematischen Stellung der Regelung im EPGÜ wurde vereinzelt vorgebracht, es sei nicht ausgeschlossen anzunehmen, sie beschränke nur die Kompetenz des Zentrums, nicht aber die anderer Schiedsribunale.⁴⁴ Es sei jedoch auch angebracht in Betracht zu ziehen, ob nicht eine einheitliche Beurteilung der Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten (zumindest hinsichtlich der Einheitspatente) sachgemäßer wäre.⁴⁵

3. Stellungnahme

a) Wortlaut des Art. 35 II 3 EPGÜ

Das Argument, der Wortlaut schließe eine Nichtigerklärung mit Wirkung lediglich *inter partes* nicht aus, kann nicht recht überzeugen. Ein ausdrückliches Verbot mag zwar fehlen; die Regelung spricht allerdings auch nicht davon, dass in Mediations- und Schiedsverfahren ein Patent nur nicht *mit allgemeinverbindlicher Wirkung* für nichtig erklärt oder beschränkt werden darf. Der weit gehaltene Wortlaut ist m.E. – solange keine gegenteilige Äußerung von offizieller Seite oder des EPG/des Zentrums selbst vorliegt – vielmehr dahingehend zu interpretieren, dass ein vollumfängliches Verbot der Nichtigerklärung der dem Rechtsprechungsmonopol des EPG unterstehenden Patente statuiert werden sollte.

Daran vermag auch das Vorbringen, eine solche Auslegung sei im Vergleich mit der aktuellen Beurteilung der Frage der Schiedsfähigkeit von Patentnichtigkeitsstreitigkeiten in den meisten Mitgliedstaaten zu restriktiv, nichts zu ändern. Das EPGÜ und seine zugehörigen Rechtsakte sind Teil eines umfassenden und autonomen Rechtssystems und sollten damit grds. autonom nach den allgemeinen Regeln⁴⁶ ausgelegt werden.⁴⁷ Die nationale Beurteilungspraxis der

Mitgliedstaaten kann (und sollte) zwar unterstützend herangezogen werden.⁴⁸ Dies kann jedoch nicht dahingehend gedeutet werden, dass stets das „arithmetische Mittel“ oder die von der Mehrheit der Rechtsordnungen gewählte Lösung angewandt werden muss. Vielmehr kann auch eine andere – wie in diesem Fall ggf. restriktivere – Lösung gewählt werden, wenn dies als sachgemäß empfunden wird.⁴⁹

b) Systematische Gesichtspunkte

Etwas komplizierter gestaltet sich die Bewertung im Zusammenspiel mit Regel 11 II des Verfahrensordnungs-Entwurfs. Ob ein Schiedsspruch eine Partei dazu verurteilt, der Löschung eines Patents zuzustimmen, oder ob das Patent direkt für nichtig erklärt wird, mag in der Tat auf das gleiche Resultat hinauslaufen.

Regel 11 II muss jedoch aufmerksam gelesen werden. Die Möglichkeit der gerichtlichen Bestätigung eines Schiedsspruchs mit einer solchen Verurteilung als Inhalt wird nicht jedem Schiedsspruch eröffnet, sondern lediglich dem sog. *arbitral award by consent*, d.h. nur dem (aus vollstreckungstaktischen Gründen)⁵⁰ in Schiedsspruchform gegossenen Vergleich.⁵¹ Wenn aber der Schiedsspruch, der die Verpflichtung zur Aufgabe oder zur Zustimmung zur Löschung des Patents ein *arbitral award by consent* ist, so kann dies mit der Situation der gerichtlichen Nichtigerklärung nicht als gleich eingestuft werden.⁵² Anders als bei einem ordinären Schiedsspruch steht bei einem solchen nicht die Entscheidung über den Rechtsstreit durch das Schiedsgericht als Rechtsprechungsorgan im Vordergrund, sondern vielmehr die Parteiautonomie der Verfahrensbeteiligten.⁵³ Denn dort muss die Verpflichtung zur Mitwirkung an der Herbeiführung des Erlöschens des Patents als Ausdruck der Handlungsfreiheit des Patentinhabers verstanden werden, die auch außerhalb eines Rechtsstreits nach den allgemeinen Grundsätzen akzeptiert werden müsste und würde.⁵⁴ Die Zulässigkeit eines solchen Schiedsspruchs tritt auch nicht in Widerspruch mit Art. 35 II 3 EPGÜ. Ein *arbitral award by consent*, welcher die Partei zur Löschung eines Patents verpflichtet, ist keine (unmittelbare) Nichtigerklärung durch das Schiedsgericht, auch wenn es letztendlich die Grundlage für dessen Vernichtung bildet.

c) Zweck der Errichtung des Zentrums

Des Weiteren kann auch den Argumenten, die mit dem Sinn und Zweck der Errichtung des Zentrums für eine

⁴¹ Vgl. Haubner, InTer 2014, 239, 246; Picht, GRUR Int 2018, 1, 8.

⁴² Haubner, InTer 2014, 239, 245.

⁴³ De Werra, Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade Intelectual 2014, 17, 27 f.

⁴⁴ Schäfer, in: Böckstiegel/Kröll/Nacimiento (Fn. 36), S. 914; ähnlich auch de Miguel Asensión, Rev. arb. com. 2014, 81, 100.

⁴⁵ Vgl. De Miguel Asensión, Rev. arb. com. 2014, 81, 100.

⁴⁶ Art. 31 ff. Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK); vgl. auch Augenstein/Haertel/Kiefer, in: BeckOK Patentrecht (Fn. 23), EPGÜ Art. 41 Rn. 4 (dort zwar nur zur Verfahrensordnung, diese Grundsätze dürften aber auch auf das EPGÜ anwendbar sein).

⁴⁷ Vgl. Haedicke, GRUR Int 2013, 609, 614; Yan, Das materielle Recht im Einheitlichen Europäischen Patentsystem und dessen Anwendung durch das Einheitliche Patentgericht, 2017, S. 176.

⁴⁸ Vgl. Picht, GRUR Int 2018, 1, 3; Haedicke, GRUR Int 2013, 609, 614.

⁴⁹ Vgl. Yan (Fn. 47), S. 188.

⁵⁰ Voit, in: Musielak/Voit (Fn. 33), § 1053 Rn. 1; Seiler, in: Thomas/Putzo (Fn. 33), § 1053 Rn. 1.

⁵¹ Vgl. Schütze (Fn. 33), Rn. 580 f.; sowie Schulze, Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit im Rahmen des § 1030 ZPO: eine Betrachtung des Rechts der Schiedsfähigkeit nach der Schiedsverfahrensrechtsreform, 2003, S. 41, zum funktionsmäßig entsprechenden Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut des deutschen Rechts (§ 1053 ZPO).

⁵² Im Ergebnis ähnlich: Chrocziel/Kasolowsky/Whitener/Waldeck, International Arbitration of Intellectual Property Disputes – A Practitioner's Guide, 2017, Kap. 3 Rn. 13; a.A. wohl de Miguel Asensión, Rev. arb. com. 2014, 81, 100; sowie Picht, GRUR Int 2018, 1, 8.

⁵³ Vgl. Schulze (Fn. 51), S. 42.

⁵⁴ Siehe nur § 20 I Nr. 1 PatG. Der Verzicht auf das Einheitspatent richtet sich nach nationalem Recht; Luginbühl, in: Singer/Stauder (Hrsg.), EPÜ⁷, 2016, Art. 142 Rn. 35.

Möglichkeit der Nichtigerklärung mit Wirkung *inter partes* durch das Schiedsgericht plädieren, nicht gefolgt werden.

aa) Förderung der Schiedsgerichtsbarkeit bei patentrechtlichen Streitigkeiten

Zutreffend wird erkannt, dass mit der Schaffung des Zentrums eine schiedsgerichtliche Beilegung von Streitigkeiten in Bezug auf die europäischen Patente in gewisser Weise gefördert werden soll. Dabei scheint jedoch der Irrtum aufgekommen zu sein, dies solle für alle Arten der Schiedsgerichtsbarkeit gelten, denn auch hier ist bei aufmerksamer Lektüre der einschlägigen Vorschrift (Regel 11 I des Verfahrensordnungs-Entwurfs)⁵⁵ eine Einschränkung deutlich erkennbar: Nur wenn das EPG davon überzeugt ist, eine Einigung zwischen den Parteien könne noch erzielt werden, verweist es diese an das Zentrum. Es soll also die Beilegung des Rechtsstreits im Wege des Vergleichs gefördert werden. Dies kann aber nicht dadurch konterkariert werden, dass man die Nichtigerklärung der Patente mit Wirkung *inter partes* durch das Schiedsgericht untersagt.

Zudem dürfen auch im Hinblick auf das Zentrum die allgemeinen Erwägungsgründe zur Schaffung des Einheitspatents und des EPG nicht vergessen werden:⁵⁶ die Herstellung einheitlichen Patentschutzes⁵⁷ und die Stärkung der Rechtssicherheit⁵⁸. Ließe man es zu, dass eine schiedsrichterliche Nichtigerklärung mit Wirkung nur zwischen den Prozessparteien erlassen wird, so würde dies mit den Zielen des *Patent Package* in Widerspruch treten.⁵⁹ Dies gilt primär jedoch nur hinsichtlich des Einheitspatents; was das klassische europäische Patent angeht, stellt sich die Lage hingegen etwas anders dar. Aus der Aufnahme in das *Unitary Patent Package* geht zwar hervor, dass auch der Rechtsschutz dieser Patente grds. einheitlicher werden soll.⁶⁰ Allerdings dürfen in diesem Kontext die Ausnahmeregelungen des Art. 83 EPGÜ nicht außer Acht gelassen werden, die den einheitlichen Patentschutz in diesem Bereich deutlich abschwächen.

Sollen die Ziele, die mit der Schaffung des EPG verfolgt werden, tatsächlich effektiv umgesetzt werden, so muss die Einschränkung des Art. 35 II 3 EPGÜ letzten Endes auch für alle Schiedsverfahren gelten und nicht nur für diejenigen, die innerhalb des Zentrums durchgeführt werden. In der Tat lässt die systematische Stellung der Einschränkung eine hierzu gegensätzliche Interpretation, wie sie offenbar von *Böckstiegel* vertreten wird,⁶¹ zu; Regel 11 II des Verfahrensordnungs-Entwurfs indes deutet wiederum darauf hin, dass alle Schiedsverfahren von den Vorschriften erfasst sein sollen. Dies wird auch vom Wortlaut des Art. 35 II 3 EPGÜ unterstützt, denn dieser spricht nur allgemein von

Mediations- und Schiedsverfahren, nicht explizit von Mediations- und Schiedsverfahren *des Zentrums*.

bb) Praktikabilität

Es ist *de Werra* zweifellos insoweit zuzustimmen, als dass eine Möglichkeit der Entscheidung über den Bestand des Patents, soweit sie notwendig wird, bei derselben Stelle, bei der das Verletzungs- oder Lizenzverfahren anhängig ist, für alle Beteiligten effizienter ist als eine Aussetzung des Schiedsverfahrens bis zur Entscheidung des staatlichen Gerichts.⁶² Dies könnte zugegebenermaßen ebenfalls den Erfolg des „leichteren, weniger kostspieligen und rechtssicheren Zugang[s] zum Patentsystem“⁶³ gefährden. Angesichts des vorstehend Erläuterten ist eine „bloß“ zeitliche Verzögerung des Verfahrens den Verantwortlichen allerdings wohl als das geringere Übel erschienen, das mangels besser geeigneter verfügbarer Lösungsmöglichkeiten zunächst hinzunehmen sein wird. Dringend erwünscht bleibt eine Lösung des Problems von Seiten des EPG, bspw. durch eine zeitlich prioritäre Behandlung dieser Fälle, dennoch.

4. Zwischenergebnis

Auch wenn eine solche Interpretation überwiegend abgelehnt wird,⁶⁴ so legt die Analyse von Art. 35 II 3 EPGÜ unter Berücksichtigung aller Umstände seines Erlasses den Schluss nahe, dass nach dem Willen der Vertragsmitgliedstaaten eine Schiedsfähigkeit von Nichtigkeitsstreitigkeiten hinsichtlich europäischer Patente vollständig ausgeschlossen sein soll. Gestützt wird dies vom Charakter des *Unitary Patent Package* als einheitliches Normgefüge, welcher es gebietet, seine Vorschriften mit dem Ziel auszulegen, die Einheitlichkeit des Systems so weit wie möglich zu verwirklichen.⁶⁵ Dies gilt insbesondere für das Einheitspatent; für die klassischen europäischen Patente stellt sich dies angesichts der bereits im Übereinkommen vorgesehenen Durchbrechungen des Grundsatzes der ausschließlichen Zuständigkeit des EPG in Art. 83 EPGÜ hingegen nicht derart eindeutig dar.

III. Auswirkungen auf die Beurteilung der Schiedsfähigkeit der bestehenden nationalen Patente?

Wie bereits erläutert, muss das EPGÜ, um in Kraft treten zu können, von den Vertragsstaaten ratifiziert werden, insbesondere von Deutschland als eines der Staaten mit den meisten europäischen Patenten. Sollte die beim BVerfG erhobene Verfassungsbeschwerde gegen die Gesetze zum Einheitspatentsystem⁶⁶ erfolglos sein und der Gesetzgebungsprozess daraufhin abgeschlossen werden, so wird der Inhalt des EPGÜ durch das „Gesetz zu dem Übereinkommen vom 19. Februar 2013 über ein Einheitliches Patentgericht“⁶⁷

⁵⁵ „At any stage of the proceedings, if the Court is of the opinion that the dispute is suitable for a settlement, it may propose that the parties make use of the facilities of the Patent Mediation and Arbitration Centre (‘the Centre’) in order to settle or to explore a settlement of the dispute (...)”.

⁵⁶ Allgemein zur Beachtung der selbstgesteckten Ziele bei der Auslegung des Rechts des einheitlichen Patentsystems: *Yan* (Fn. 73), S. 184 f.

⁵⁷ ErwG (1) EPVO.

⁵⁸ ErwG (5) EPGÜ.

⁵⁹ A.A. wohl *Picht*, GRUR Int 2018, 1, 8, mit Vorschlägen für die Wahrung des Dritt- und Verkehrsschutzes bei Annahme der Zulässigkeit von *inter partes* wirkenden Schiedssprüchen.

⁶⁰ Vgl. Art. 34 EPGÜ.

⁶¹ *Schäfer*, in: Böckstiegel/Kröll/Nacimient (Fn. 36), S. 914.

⁶² *De Werra*, Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade Intelectual 2014, 17, 27 f.

⁶³ ErwG (4) EPVO.

⁶⁴ Vgl. nur *Picht*, GRUR Int 2018, 1, 11.

⁶⁵ Vgl. *Haedicke*, GRUR Int 2013, 609, 611.

⁶⁶ Siehe statt vieler die Pressemitteilung des *Preparatory Committee* vom 27.06.2017: <https://www.unified-patent-court.org/news/message-chairman-alexander-ramsay-june-2017> (zuletzt abgerufen am 28.04.2018).

⁶⁷ BT-Drucks. 18/11137.

als Zustimmungsgesetz in nationales Recht transformiert.⁶⁸ Damit wird auch die Regelung des Art. 35 II 3 EPGÜ in die innerstaatliche Rechtsordnung aufgenommen werden. Fraglich ist nun, ob diese nicht eine gesetzliche Vorschrift i.S.d. § 1030 III ZPO darstellt, die nicht nur die Schiedsfähigkeit der in den Zuständigkeitsbereich des EPG fallenden Patente ausschließt, sondern auch die der bestehenden nationalen Patente.

1. Argumente für ein Sichausrwirken

Für eine solche Annahme spricht zunächst, dass Art. 35 II 3 EPGÜ zumindest nach Inkrafttreten des Gesetzes zum EPGÜ den formellen Maßstab, den eine Vorschrift erreichen muss, um als gesetzliche Vorschrift i.S.d. § 1030 III ZPO qualifiziert werden zu können, erfüllen würde: Ausschlussvorschriften i.S.d. § 1030 III ZPO können entsprechend § 12 EGZPO nur in Form von Rechtsnormen vorliegen. Einschränkend tritt hinzu, dass diese Rechtsnormen solche des deutschen Rechts sein müssen,⁶⁹ was bei Regelungen aus internationalen Übereinkommen durch das jeweilige Transformationsgesetz erreicht wird.⁷⁰ Ohne Zweifel ist Art. 35 II 3 EPGÜ eine Rechtsnorm, die, wie bereits festgestellt, durch das Inkrafttreten des deutschen Transformationsgesetzes in die deutsche Rechtsordnung eingegliedert und damit zu nationalem, d.h. deutschem Recht werden würde. Auch das Kriterium, nach dem eine Vorschrift nur dann eine gesetzliche Ausnahmegesetzvorschrift i.S.d. § 1030 III ZPO darstellt, wenn sie dem Schiedsverfahren „offen Hindernisse bereitet“, ⁷¹ wird von Art. 35 II 3 EPGÜ problemlos erfüllt.

Für einen Einfluss des Art. 35 II 3 EPGÜ als mögliche Ausschlussvorschrift i.S.d. § 1030 III ZPO könnte des Weiteren der Vergleich mit Art. 53 GPVO-V sprechen,⁷² dem letzten gescheiterten Versuch zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Patentsystems vor dem *Unitary Patent Package*.⁷³ Während Art. 53 S. 1 GPVO-V noch ausdrücklich klarstellte, grds. nur in Fragen des Bestands des Gemeinschaftspatents Einfluss auf das nationale Schiedsrecht nehmen zu wollen,⁷⁴ fehlt eine solche Aussage in Art. 35 II EPGÜ. Daraus könnte der Schluss zu ziehen sein, die Vorschrift behalte sich vor, auch das auf nationale Patente anwendbare Schiedsverfahrensrecht zu modifizieren.

2. Argumente gegen ein Sichausrwirken und Stellungnahme

Gegen eine Interpretation des Art. 35 II 3 EPGÜ als gesetzliche Vorschrift i.S.d. § 1030 III ZPO spricht jedoch bereits der Kontext, in welchem sie erlassen wurde. Es gibt keine Anhaltspunkte, die zur Annahme berechtigen, dass die Vertragsmitgliedstaaten mit dieser Norm nicht nur die Frage der Schiedsfähigkeit von Patentnichtigkeitsstreitigkeiten in Bezug auf die klassischen europäischen Patente und die neuen Einheitspatente zu beantworten beabsichtigten, sondern auch eine Regel für die nationalen Rechte festlegen wollten.⁷⁵ Eine Übertragbarkeit des Ausschlusses auf die nationalen Patente mag zwar auf rein sprachlicher Ebene noch unter den Wortlaut der Norm subsumierbar sein. Allerdings gelingt das nur, wenn man darüber hinwegsieht, dass das Übereinkommen selbst unter dem Wort „Patent(e)“ gemäß Art. 2 lit. g) nur europäische Patente und/oder europäische Patente mit einheitlicher Wirkung verstehen will.

Auch der Vergleich mit Art. 53 GPVO-V vermag daran nicht zu rütteln. Zwar enthielt dieser jenen expliziten Hinweis darauf, dass das nationale Schiedsverfahrensrecht vom europäischen Recht zum Gemeinschaftspatent nicht beeinflusst werden sollte; er wurde jedoch selbst als eigentlich überflüssig bewertet.⁷⁶ Man scheint folglich bereits im Rahmen der GPVO davon ausgegangen zu sein, dass eine Positionierung auf europäischer Ebene zur Schiedsfähigkeit von Patentnichtigkeitsstreitigkeiten nicht schlichtweg auf die nationale Ebene übertragen werden kann. Dass man im EPGÜ nun von einem solchen Hinweis wie in Art. 53 GPVO-V abgesehen hat, kann nach hier vertretener Auffassung nicht als Abkehr von diesem Grundsatz gesehen werden; viel wahrscheinlicher ist, dass man eine Interpretation, die aus Art. 35 II 3 EPGÜ auch eine mögliche Beschränkung der Schiedsfähigkeit der bestehenden nationalen Patente herauslesen will, stattdessen gar nicht (mehr) in Betracht gezogen hat.

Die Beschränkung des Art. 35 II 3 EPGÜ hat folglich keine Auswirkungen auf die Debatte im deutschen Recht für bestehende nationale Patente. Sie ist für diese keine gesetzliche Vorschrift i.S.d. § 1030 III ZPO.

D. Fazit

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist aus dem heutigen Wirtschaftsleben kaum noch wegzudenken.⁷⁷ Obwohl ihre Stellung als gleichwertiges Rechtsprechungsorgan weitestgehend anerkannt ist,⁷⁸ bleibt der Umfang ihres „Machtbereichs“ Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten. Dies gilt insbesondere für die Frage nach der Beurteilung der Schiedsfähigkeit von Patentstreitigkeiten. Sie ist nicht einfach zu beantworten und bietet sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene Stoff für kontroverse Diskussionen.

Spannend bleibt es insbesondere auf der europäischen Ebene. Auch wenn noch abzuwarten sein wird, ob das

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 1, 396, 411; *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG⁸¹, 2017, Art. 59 Rn. 96.

⁶⁹ *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 33), § 1030 Rn. 52; *Baumann*, Patentstreitigkeiten vor Schiedsgerichten: eine rechtsvergleichende Betrachtung ausgewählter Probleme nach deutschem und schweizerischem Recht, 2008, S. 205.

⁷⁰ Vgl. *Gruber*, in: MüKoZPO (Fn. 33), EPZPO § 12 Rn. 1.

⁷¹ *Wolf/Eslami*, in: BeckOK ZPO²⁸, 2018, § 1030 Rn. 11; *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 33), § 1030 Rn. 31.

⁷² Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent, KOM (2000) 412 endg., ABI EU C 337 E/45, S. 278. Zitiert als: GPVO-V. Art. 53 (Schiedsverfahren): „Die Bestimmungen dieses Kapitels über die Zuständigkeit und das Gerichtsverfahren berühren nicht die Anwendung nationaler Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Schiedsgerichtsbarkeit. Ein Gemeinschaftspatent kann jedoch in einem Schiedsverfahren nicht für nichtig oder ungültig erklärt werden.“

⁷³ Für Details zur GPVO siehe *Yan* (Fn. 73), S. 66 – 68.

⁷⁴ Vgl. auch die Erklärung von *Baumann* (Fn. 69), S. 108.

⁷⁵ Vgl. speziell für Deutschland BT-Drucks. 18/11137, S. 88, der keinen dahingehenden gesetzgeberischen Willen erkennen lässt.

⁷⁶ *Baumann* (Fn. 69), S. 108.

⁷⁷ Statt vieler: *Ruess*, SchiedsVZ 2010, 23.

⁷⁸ Vgl. *Zypries*, SchiedsVZ 2009, 1, 2.

Unitary Patent Package angesichts der zuletzt eher negativen Entwicklungen in Deutschland und Großbritannien wirklich eines Tages seine Arbeit aufnehmen wird, so steht fest, dass mit diesem neuen System das europäische Patentrecht regelrecht auf den Kopf gestellt werden wird. Viele Fragen sind allerdings noch ungeklärt. Obgleich sich aus den einschlägigen Vorschriften des Regelungssystems eine mögliche, eher restriktive Beantwortung herauslesen lässt der m.E. aber zuzustimmen ist, gilt dies auch die Frage der Schiedsfähigkeit derjenigen Patente, die dem Kompetenzbereich des EPG zugeordnet worden sind. Man darf gespannt sein, wie das Gericht und sein Schiedszentrum diese Frage beantworten werden. Doch ungeachtet dessen, wie diese Antwort ausfällt, die seit Langem herbeiersehnte Lösung im Streit um die Schiedsfähigkeit der bestehenden nationalen Patente kann sie nach hier vertretener Auffassung (leider) nicht bieten.

Leonhard Sonner*

Rote-Kreuz-Schwestern als Arbeitnehmer?

A. Einleitung

Ob bei der jährlichen Impfung, nach dem unglücklichen Ende eines Fußballspiels oder bei der Blutabnahme – aus dem Alltag vieler Bürger, Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen sind die Schwestern des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) nicht wegzudenken. Dennoch machen sich nur wenige Gedanken über den rechtlichen Status der schätzungsweise 25.000 DRK-Schwestern.¹ Das verwundert nicht weiter, ist die im Krankenhaus tätige DRK-Schwester doch meist nicht von anderen Krankenschwestern zu unterscheiden. Ihr Rechtsstatus birgt allerdings Besonderheiten in sich. DRK-Schwestern wurden bisher nicht als Arbeitnehmer, sondern bloß als Vereinsmitglieder ihrer „Schwesternschaft“ gesehen. Infolgedessen blieb ihnen arbeitsrechtlicher Schutz verwehrt. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat demgegenüber in einer neueren Entscheidung DRK-Schwestern als Leiharbeiterinnen eingestuft. Angesichts dieser Entwicklung entfaltet die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft von DRK-Schwestern aktuell Relevanz; persönlich für jede einzelne Schwester und strukturell für das Geschäftsmodell der Schwesternschaften im Ganzen.

B. DRK-Schwestern als Arbeitnehmer

I. „Schwesternschaften“

1. Organisation in Schwesternschaften

Die Schwesternschaften des DRK sind eingetragene Vereine i.S.d. §§ 21 ff. BGB.² Nach eigener Darstellung verfolgen die Schwesternschaften gemeinnützige und mildtätige Zwecke (z.B. Hilfeleistung für Menschen in Not)³ und werden selbstlos tätig (verfolgen also nicht primär eigenwirtschaftliche Zwecke).⁴ Vereinsorgane einer Schwesternschaft sind der Beirat, die Mitgliederversammlung und der Vorstand.⁵

2. Stellung und Tätigkeit der Schwestern

Jede Schwester ist Mitglied einer Schwesternschaft.⁶ Nach Ablauf einer einjährigen Einführungszeit⁷ kann ein Mitglied nur noch aus der Schwesternschaft ausgeschlossen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.⁸ Die Schwestern werden in vereinseigenen oder externen Einrichtungen tätig. In externen Einrichtungen erfolgt die Tätigkeit auf Grundlage

von „Gestellungsverträgen“.⁹ Beide Einsatzarten begründen laut Satzung kein Arbeits- oder Dienstverhältnis.¹⁰ Die Rechte und Pflichten der Mitglieder sollen sich nur nach der Satzung und Mitgliederordnung richten.¹¹ Die Mitglieder müssen ihre volle Arbeitskraft zur Verfügung stellen und dürfen neben der Schwesternschaft nicht hauptberuflich tätig sein.¹² Wird eine Schwester einer Einrichtung überlassen, unterliegt sie den fachlichen und organisatorischen Weisungen der dort zuständigen Stellen.¹³ Für die Verrichtung der Tätigkeit erhält das Mitglied eine Vergütung und hat Anspruch auf Erholungsurlaub. Absichernde Regelungen für den Fall einer durch Unfall oder Krankheit verursachten Arbeitsunfähigkeit sind in der Mitgliederordnung vorgesehen.¹⁴ Die Satzung gewährt den Mitgliedern Stimmrechte in der Mitgliederversammlung, die je nach Status des Mitglieds (ordentlich, außerordentlich, in Ausbildung) variieren.¹⁵ Zudem können sich Mitglieder der Schwesternschaft in den Beirat wählen lassen.¹⁶

II. Vereinsmitglied oder Arbeitnehmer?

Auf den ersten Blick erscheint das Geschäftsmodell der Schwesternschaften befremdlich. Angesichts der Ausgestaltung des mitgliedschaftlichen Verhältnisses stellt sich die Frage, ob nicht ein Arbeitsverhältnis zwischen der Schwesternschaft und der Schwester vorliegt. In diesem Fall wären DRK-Schwestern Arbeitnehmer und könnten von der Anwendung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften profitieren.¹⁷

1. Rechtsprechungsübersicht

In einer frühen Entscheidung (1956) verneinte das BAG den Arbeitnehmerstatus unter Hinweis auf den überwiegend karitativen Aspekt der Tätigkeit.¹⁸ 1975 argumentierte das Gericht, neben der alle Rechte und Pflichten umfassenden Mitgliedschaft in der Schwesternschaft könne ein besonderes Arbeitsverhältnis schon „denkgesetzlich“ nicht bestehen.¹⁹ Mit gleichem Ergebnis urteilte das BAG auch 1995, jedoch unter abweichender Begründung. Als maßgeblich erachtete das Gericht, dass zwischen Schwester und Schwesternschaft

* Der Autor ist Student der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ Rotkreuzschwestern.de, *Verband der Schwesternschaften vom DRK e.V.*, <https://bit.ly/2qYkMUY>, zuletzt abgerufen am 23.04.18.

² Vgl. *Württembergische Schwesternschaft vom Roten Kreuz e.V. (WSSRK)*, Satzung, § 1 I, <https://bit.ly/2Hre2t9>, zuletzt abgerufen am 23.04.18; näher zum Verein *Koch*, *Gesellschaftsrecht*¹⁰, 2017, § 26 Rn. 2.

³ *WSSRK* (Fn. 2), § 3.

⁴ Vgl. *WSSRK* (Fn. 2), § 2.

⁵ Vgl. *WSSRK* (Fn. 2), § 9.

⁶ Vgl. *WSSRK* (Fn. 2), § 4 ff.

⁷ *WSSRK* (Fn. 2), § 6 I.

⁸ Vgl. *WSSRK* (Fn. 2), § 8 I 1.

⁹ Näher *Kortstock*, in: Kortstock (Hrsg.), *Nipperdey Lexikon Arbeitsrecht*³⁰, 2016, *Gestellungsvertrag*.

¹⁰ *Schwesternschaften des DRK*, Mitgliederordnung, Art. 2 Nr. 2, <https://bit.ly/2Jq2brE>, zuletzt abgerufen am 23.04.17.

¹¹ *WSSRK* (Fn. 2), § 4 II; vgl. auch *Schwesternschaften vom DRK* (Fn. 10), Präambel.

¹² *WSSRK* (Fn. 2), § 7 I.

¹³ *Mestwerdt*, *NZA* 2014, 281, 282.

¹⁴ *Schwesternschaften vom DRK* (Fn. 10), Art. 2.

¹⁵ *WSSRK* (Fn. 2), § 12.

¹⁶ *WSSRK* (Fn. 2), § 25.

¹⁷ *Schöne*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht*¹, 2016, § 611 BGB Rn. 50; *Müller-Glöge*, in: Säcker u.a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁷, 2016, § 611 Rn. 165; zu weiteren Folgen instruktiv *Preis*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*¹⁸, 2018, § 611a BGB Rn. 50 ff.

¹⁸ Vgl. BAG, Beschluss v. 19.02.1956 – 2 AZR 294/54 (juris) Rn. 6.

¹⁹ BAG, Beschluss v. 03.06.1975 – 1 ABR 98/74 (juris) Rn. 21.

kein privatrechtlicher Vertrag besteht. Rechtsgrundlage des Verhältnisses sei nur die Mitgliedschaft im Verein. Die von den Schwestern in persönlicher Abhängigkeit geleisteten Dienste seien der Mitgliedsbeitrag i.S.v. § 58 Nr. 2 BGB.²⁰ Wenn aber DRK-Schwestern nur aufgrund der Vereinssatzung zur Leistung von Arbeit verpflichtet sind, dürfe dies nicht dazu führen, dass zwingende arbeitsrechtliche Schutzvorschriften umgangen werden.²¹ Eine solche Umgehung verneinte das BAG angesichts der Mitgliedschaftsrechte der Schwestern. Die Schwester könne die „Geschicke des Vereines“ und die Arbeitsorganisation beeinflussen.²² Diese Ansicht hat das BAG im Wesentlichen auch in späteren Entscheidungen beibehalten.²³

2. Stellungnahme zur Rechtsprechung

Die Linie der Rechtsprechung weicht im Ergebnis nicht voneinander ab. Die Argumentation des Gerichts vollzieht jedoch ab der ersten Entscheidung einen erheblichen Wandel.²⁴ Wohingegen anfangs der karitative Aspekt im Vordergrund stand, fokussiert sich das BAG nunmehr auf die Rechtsgrundlage der Leistung. Hinsichtlich der Rechtsgrundlage baut die Entscheidungsfindung des Gerichts auf zwei Grundannahmen auf: Erstens sei das Verhältnis zwischen DRK-Schwester und Schwesternschaft nicht arbeits-, sondern vereinsrechtlicher Natur. Weiter würden durch die in der Satzung vorgesehenen Rechte und Pflichten der Schwestern keine zwingenden arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften umgangen.

a) Vereins- oder Arbeitsrecht

Bei der Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft von DRK-Schwestern handelt es sich um eine Frage der Abgrenzung zwischen Vereins- und Arbeitsrecht. Dienstleistungen werden zwar üblicherweise auf Grundlage eines Arbeitsvertrages erbracht, können aber auch den Mitgliedsbeitrag eines Vereins i.S.v. § 58 II darstellen.²⁵ Eine Kollisionslage zwischen beiden Rechtsgebieten entsteht, wenn die Tätigkeit der DRK-Schwestern äußerlich einem gelebten Arbeitsverhältnis ähnelt.²⁶ Zunächst ist zu klären, wie die Abgrenzung vorzunehmen ist.

aa) Auflösung der Kollision von Vereins- und Arbeitsrecht

Zwischen dem Arbeits- und dem Vereinsrecht gibt es kein pauschales Vorrangverhältnis.²⁷ Um die bestehende Kollisionslage aufzulösen, könnte man zunächst mit dem BAG eine

Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften prüfen.²⁸ Demgegenüber ließe sich ebenso der klassische Arbeitnehmerbegriff heranziehen,²⁹ mithin wäre die tatsächliche Erscheinungsform maßgeblich.³⁰ Es bietet sich an, beide Ansätze zu kombinieren. Im Folgenden wird auf erster Stufe geprüft, ob DRK-Schwestern potentiell „Arbeitnehmer“ i.S.v. § 611a BGB sind. In einem zweiten Schritt werden das arbeits- und das vereinsrechtliche Schutzniveau verglichen. Unter Berücksichtigung der Vereinsautonomie ist der vereinsrechtlichen Rechtsgrundlage Vorrang zu gewähren, wenn keine Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften vorliegt.³¹

bb) Tatsächliche Erscheinungsform

Gemäß § 611a I S. 1 BGB wird der Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet.³² Eine DRK-Schwester wird im Rahmen eines Gestellungsvertrages weisungsgebunden und fremdbestimmt tätig und ist persönlich abhängig. Fraglich ist nur, ob der Leistungserbringung ein Arbeitsvertrag zugrunde liegt. Der Arbeitsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag auf privatrechtlicher Grundlage, der den Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit und den Arbeitgeber zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.³³ Das BAG umgeht die Frage, ob ein privatrechtlicher Vertrag vorliegt, indem es diesen Schritt „überspringt“ und sogleich die Umgehung möglicher Schutzvorschriften prüft. Als Rechtsgrundlage kommt der Beitrittsvertrag zwischen neuem Mitglied und Verein in Betracht.³⁴ Der Beitrittsvertrag müsste dem Wesen des Arbeitsvertrages entsprechen, also auf einen Austausch von Arbeit und Vergütung gerichtet sein. Dem ersten Anschein nach regelt der Beitrittsvertrag nur die Begründung der Mitgliedschaft. Im Rahmen der Aufnahme unterschreibt allerdings jede Schwester das Folgende:

„Ich erkenne hiermit (...) die Satzung, die Mitgliederordnung (...) als für mich verbindlich an (...).“³⁵

²⁰ Vgl. BAG, Beschluss v. 06.07.1995 – 5 AZB 9/93 (juris) Rn. 25 f.

²¹ BAG, Beschluss v. 06.07.1995 – 5 AZB 9/93 (juris) Rn. 27.

²² BAG, Beschluss v. 06.07.1995 – 5 AZB 9/93 (juris) Rn. 28.

²³ BAG, Beschluss v. 20.02.1986 – 6 ABR 5/85 (juris) Rn. 17; BAG, EuGH-Vorlage v. 17.03.2015 – 1 ABR 62/12 (A) (juris).

²⁴ Diller, Anmerkung zu AP ArbGG 1979 § 5, Nr. 22.

²⁵ BAG, Beschluss v. 03.06.1975 – 1 ABR 98/74 (juris) Rn. 21; BAG, Beschluss v. 06.07.1995 – 5 AZB 9/93 (juris) Rn. 25; Preis, in: Erfurter Kommentar (Fn. 17), § 611a BGB Rn. 141 f.; Wank/Maties, NZA 2007, 353, 355; Diller, Anmerkung zu AP ArbGG 1979 § 5, Nr. 22.

²⁶ Vgl. Wank/Maties, NZA 2007, 353, 355.

²⁷ Vgl. Maties, in: Benecke (Hrsg.), beck-online Großkommentar, 2017, § 611 BGB Rn. 48; Wank/Maties, NZA 2007, 353, 355.

²⁸ Kritisch Diller, Anmerkung zu AP ArbGG 1979 § 5, Nr. 22; vgl. auch Diller, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 1994, S. 386 ff.

²⁹ Diller, Anmerkung zu AP ArbGG 1979 § 5, Nr. 22.

³⁰ Wank/Maties, NZA 2007, 353, 356.

³¹ Wank/Maties, NZA 2007, 353, 356; vgl. ferner zur Vereinsautonomie Schöpflin, in: Bamberger u.a. (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar⁴⁵, 2017, § 21 BGB Rn. 55; vgl. Waldner/Wörle-Himmel, in: Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein²⁰, 2016, Rn. 39.

³² § 611a BGB weicht insoweit nicht ersichtlich von der bisherigen Rechtsprechung ab, st. Rspr. vgl. BAG, Beschluss v. 21.02.2017 – 1 ABR 62/12 (juris) Rn. 26; BAG, Beschluss v. 17.09.2014 – 10 AZB 43/14 (juris) Rn. 18; vgl. BAG, Beschluss v. 06.07.1995 – 5 AZB 9/93 (juris) Rn. 16; vgl. BAG, Beschluss v. 03.06.1975 – 1 ABR 98/74 (juris) Rn. 14; vgl. BT-Drs. 18/10064, S. 4; vgl. auch BT-Drs. 18/9232, S. 31; Weidenkaff, in: Palandt⁷⁷, 2017, § 611a BGB Rn. 2; Wank, AuR 2017, 140, 141.

³³ Schöne, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Fn. 17), § 611 BGB Rn. 1; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 17), § 611a BGB Rn. 1.

³⁴ BAG, Beschluss v. 21.02.2017 – 1 ABR 62/12 (juris) Rn. 32; BGH, Urteil v. 29.06.1987 – II ZR 295/86 (juris) Rn. 7; Dörner, in: Schulze u.a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch⁹, 2017, § 39 Rn. 2; Arnold, in: MüKo BGB⁷, 2015, § 38 Rn. 57.

³⁵ Vgl. Schwesternschaften vom DRK (Fn. 10), Unterschriftenformular.

Sieht man darin eine Bezugnahmevereinbarung, könnte ein Arbeitsvertrag durch Streichung der Leistungspflicht nachträglich entfallen.³⁶ Vorzugswürdig ist deshalb anzunehmen, dass mittelbar eine Tätigkeitspflicht der Schwestern vereinbart wird.³⁷ Die Schwestern müssten den Beitrittsvertrag auch im Hinblick auf die Gegenseitigkeit von Leistung und Vergütung abgeschlossen haben. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei insbesondere der Zweck des Vertrages zu berücksichtigen ist.³⁸ Der Wandel der Rechtsprechung verdeutlicht, dass das karitative Element der schwesterlichen Tätigkeit nicht mehr entscheidend ist. DRK-Schwestern werden nach den „für die jeweilige Tätigkeit üblichen Kriterien“ vergütet.³⁹ Demnach entspricht die Höhe der Vergütung dem Einkommen eines Arbeitnehmers. Weiterhin fällt in einer Gesamtschau von Satzung und Mitgliederordnung ein starker Fokus auf die Tätigkeitspflichten und die korrespondierenden Vergütungsansprüche auf. Schwestern treten damit der Schwesternschaft bei, um eine Tätigkeit zu verrichten und so einen Anspruch auf Vergütung zu erhalten.⁴⁰ Es handelt sich um einen echten Erwerbsberuf.⁴¹

cc) Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften

Der Beitrittsvertrag kann als Arbeitsvertrag ausgelegt werden (s.o.). Dennoch hätte das Vereinsrecht Vorrang, wenn keine arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften umgangen werden.⁴² Nach der Rechtsprechung des BAG liegt eine Gesetzesumgehung vor, wenn der Zweck einer zwingenden Regelung dadurch vereitelt wird, dass missbräuchlich (d.h. ohne sachlich berechtigten Grund) andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten verwendet werden.⁴³ Folglich ist zu prüfen, ob durch den Ausschluss eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses in der Vereinssatzung⁴⁴ der Zweck zwingender arbeitsrechtlicher Rechtsnormen vereitelt wird. Wird durch die vereinsrechtliche Grundlage ein vergleichbares Schutzniveau hergestellt, unterliegt die Wahl der rechtlichen Grundlage der Schwesternschaft.⁴⁵

(1) Bestandsschutz

In Betracht kommt zunächst eine Umgehung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes. Bestandsschutz wird im Arbeitsrecht durch den Kündigungsschutz gewährleistet, der

dem Erhalt des Arbeitsplatzes⁴⁶ und damit der Einnahmequelle des Arbeitnehmers dient.⁴⁷

(a) Zusammenspiel von Einführungszeit und Kündigungsgrund

DRK-Schwestern müssen eine einjährige Einführungszeit durchlaufen und können danach nur noch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Schwesternschaft ausgeschlossen werden. Das BAG wertet das Erfordernis eines wichtigen Grundes im Rahmen der Umgehungsprüfung positiv.⁴⁸ Auf den ersten Blick trifft die Annahme des Gerichts zu, denn nach dem Wortlaut von § 1 KSchG rechtfertigen schon „Gründe“ in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers die Kündigung. Dabei verkennt das Gericht jedoch, dass die Länge der satzungsmäßigen Einführungszeit (ein Jahr) von der gesetzlich vorgesehenen Wartezeit⁴⁹ von 6 Monaten negativ abweicht.⁵⁰ Durch die 6 Monate längere Wartezeit werden die Schwestern schlechtergestellt.⁵¹ An dieser Stelle lässt sich jedoch eine sachliche Rechtfertigung andeuten. So ist die DRK-Schwester zwar zunächst einer längeren Einführungszeit ausgeliefert, „profitiert“ dafür aber von einer potentiell lebenslangen Mitgliedschaft in der Schwesternschaft. Nach der Einführungszeit ist ein der ordentlichen Kündigung gleichstehendes Instrument nicht vorgesehen.⁵² Eine „Kompensation“ der Schlechterstellung wäre aber nur denkbar, wenn die lebenslange Mitgliedschaft auch unter Erhalt der Vergütung garantiert ist.

(b) Lebenslange Mitgliedschaft unter Wegfall der Vergütung?

Angesichts des Zwecks des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes hätte die lebenslange Mitgliedschaft im Vergleich nur Gewicht, wenn auch lebenslang die Einnahmequelle bestehen bliebe. Das ist fraglich, weil von der Vergütung unter anderem „inaktive“ Mitglieder ausgenommen sind:

„Mitglieder, die ohne Wechsel in den Ruhestand oder ohne Wahrnehmung der Elternzeit mehr als sechs Monate nicht mehr für die Schwesternschaft tätig sind und die auch sonst ihren Beruf nicht mehr ausüben, (...) werden inaktives Mitglied.“⁵³

Somit haben Schwestern, die als „inaktives Mitglied“ gelten, keinen Vergütungsanspruch. Der Zweck des Bestandsschutzes ist dabei in Fällen betroffen, in denen das Verschulden für die ausgebliebene Tätigkeit der Schwester auf Seiten der Schwesternschaft (also vergleichbar auf „Arbeitgeberseite“) liegt.⁵⁴ Weber bezweifelt das realistische Auftreten dieser

³⁶ Weber, Ist die Rotkreuzschwester Arbeitnehmerin ihrer Schwesternschaft?, 2009, S. 39.

³⁷ Wie vorstehend Weber (Fn. 36), S. 39 f.

³⁸ Schöne, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Fn. 17), § 611 BGB Rn. 150; vgl. zur fehlenden Erwerbsabsicht BAG, Urteil v. 29.08.2012 – 10 AZR 499/11 (juris) Rn. 16.

³⁹ Schwesternschaften vom DRK (Fn. 10), Art. 2, Nr. 3 lit. a).

⁴⁰ Ähnlich auch Mestwerdt, NZA 2014, 281, 283.

⁴¹ Siehe zum religiösen/karitativen Charakter Trümner, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz¹⁵, 2016, § 5 Rn. 182; Mestwerdt, NZA 2014, 281, 283; a.A. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 17), § 611a BGB Rn. 142; Weidenkaff, in: Palandt (Fn. 32), Einf. v. § 611 BGB Rn. 7.

⁴² BAG, Beschluss v. 06.07.1995 – 5 AZB 9/93 (juris) Rn. 27; vgl. zum arbeitsrechtlichen Rechtsformzwang Diller (Fn. 28), S. 390; vgl. Wank/Maties, NZA 2007, 353, 356.

⁴³ BAG, Beschluss v. 06.07.1995 – 5 AZB 9/93 (juris) Rn. 27; vgl. BAG, Urteil v. 19.08.1981 – 7 AZR 252/79 (juris) Rn. 13.

⁴⁴ WSSRK (Fn. 2), § 7 II.

⁴⁵ Nachfolgender Aufbau orientiert sich teilweise an den von Wank/Maties, NZA 2007, 353, 356, unter Rückgriff auf Krause, Mitarbeit in Unternehmen, 2002, S. 416 ff. aufgestellten Kriterien.

⁴⁶ Näher zum Zweck des KSchG Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht⁵, 2017, § 1 Rn. 1.

⁴⁷ Wank/Maties, NZA 2007, 353, 357.

⁴⁸ BAG, Beschluss v. 06.07.1995 – 5 AZB 9/93 (juris) Rn. 28.

⁴⁹ Zum Begriff der „Wartezeit“ Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 46), § 1 Rn. 22.

⁵⁰ Wie vorgehend Mestwerdt, NZA 2014, 281, 283 f.

⁵¹ Vgl. zur Zulässigkeit einer Verlängerung der Wartezeit Vossen, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Fn. 46), § 1 Rn. 23.

⁵² So auch Weber (Fn. 36), S. 206 f.

⁵³ Schwesternschaften vom DRK (Fn. 10), Art. 2 Nr. 3 lit. a) i.V.m. WSSRK (Fn. 2), § 4 VIII.

⁵⁴ Zum Vorstehenden Weber (Fn. 36), S. 208 m.w.N.

Situation und verweist auf das weite Netzwerk der Schwesternschaften, zwischen denen ein Mitgliederaustausch möglich sei. Zudem stützt sie sich darauf, dass die Schwester „auch sonst ihren Beruf nicht mehr ausübt“, bevor sie als inaktiv eingestuft wird. Dieser Nebensatz enthalte laut *Weber* die Prognose, dass die Schwester nicht mehr bereit oder in der Lage ist, ihren Beruf auszuüben. Sei die Schwester aber weiterhin willig, ihren Beruf auszuüben, entfalle die Vergütung im Umkehrschluss nicht.⁵⁵ Dieser Sichtweise ist nicht zu folgen. Ein „Überschuss“ an Schwestern, die nicht eingesetzt werden können, ist angesichts der Größe der Organisation jederzeit möglich. Zudem sind die Schwesternschaften hauptsächlich von externen Einrichtungen abhängig. Findet sich kein Kooperationspartner für Gestellungsverträge, kann die Schwesternschaft einen Großteil der Schwestern nicht einsetzen.⁵⁶ Auch der von *Weber* bemühte Wortlaut bietet keinen Anhaltspunkt. Auf einen „Willen“ der betroffenen Schwester kommt es nach der Satzung nicht an. Darüber hinaus entfaltet der Nebensatz schon keine eigene Relevanz, da die Satzung selbst eine hauptberufliche Tätigkeit neben der Tätigkeit für die Schwesternschaft untersagt.

(2) Einflussnahme

Arbeitnehmer können in ihrem Betrieb auf ihre tägliche Arbeitssituation Einfluss nehmen.⁵⁷ Die Arbeitnehmer wählen einen Betriebsrat (vgl. § 1 BetrVG), der als kollektive Interessenvertretung wirkt und den einzelnen Arbeitnehmer an den ihn berührenden betrieblichen Abläufen teilhaben lässt.⁵⁸ Der Betriebsrat ist mit abgestufter Intensität in sozialen Angelegenheiten, bei der Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung, in personellen Angelegenheiten und in wirtschaftlichen Angelegenheiten zu beteiligen.⁵⁹ Die Satzung einer Schwesternschaft sieht keinen Betriebsrat vor. Nach Auffassung des BAG verfügen DRK-Schwestern dennoch über Mitgliedschaftsrechte, durch die sie die „Geschicke des Vereins und damit zugleich die Arbeitsorganisation beeinflussen können“.⁶⁰ Im Folgenden ist zu erörtern, ob eine DRK-Schwester die Möglichkeit hat, in ihrer Schwesternschaft vergleichbar einem Arbeitnehmer Einfluss zu nehmen.⁶¹

(a) Schwesternbeirat

Aus struktureller Sicht kommt der Beirat dem Betriebsrat am nächsten. Ob der von den Schwestern gewählte Beirat⁶² den fehlenden Betriebsrat ersetzen kann, ist zweifelhaft.

Der Beirat erfüllt eine vermittelnde Funktion im Gefüge der Schwesternschaft. Er soll die Bindung zwischen Mitglied und Vorstand verstärken und gibt dem Vorstand Empfehlungen in den Angelegenheiten der Mitglieder. Weiterhin ist er vor personellen Entscheidungen anzuhören und wirkt als Ansprechpartner für die Mitglieder. Allerdings besitzt der Beirat ausweislich des Satzungswortlauts nur „weich“ gestaltete Befugnisse: „gibt (...) Empfehlungen“, „sind Ansprechpartnerinnen“, „unterstützen“.⁶³ Der Beirat hat keine echten Mitbestimmungsrechte, sondern erfüllt eine passiv beratende Funktion. Demgegenüber stehen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates gemäß § 87 I BetrVG. Soweit in den dort geregelten Angelegenheiten keine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht, ist die Zustimmung des Betriebsrates erforderlich.⁶⁴ Für sich genommen gewährleistet der Beirat keine ausreichende Einflussnahme durch die Schwestern.⁶⁵

(b) Andere Möglichkeiten der Einflussnahme im Verein

DRK-Schwestern haben Einflussrechte, die über die Befugnisse des Schwesternbeirats hinausgehen. Zunächst hat jedes Mitglied ein Stimmrecht in der Mitgliederversammlung. Je gewichtiger die Aufgaben der Mitgliederversammlung sind, desto werthaltiger ist das Stimmrecht der Schwestern. Die Tätigkeit der Mitgliederversammlung lässt sich in passive und aktive Aufgaben einteilen. Passiv nimmt die Mitgliederversammlung Berichte verschiedener Vereinsorgane entgegen, aktiv übt sie diverse Beschluss- und Wahlrechte aus. Die Entlastung des Vorstands bringt eine wichtige Position in haftungsrechtlichen Fragen mit sich.⁶⁶ Zudem regelt die Mitgliederversammlung die finanzielle Situation des Vereins, indem sie über die Wirtschaftsplanung für das Folgejahr Beschluss fasst. Vergleichsweise bedeutend ist außerdem das Recht, die Mitglieder des Vorstands (darin inbegriffen die Oberin) zu wählen. Die Machtverhältnisse innerhalb der Schwesternschaft konzentrieren sich maßgeblich auf den Vorstand. Er leitet die Schwesternschaft, führt deren Geschäfte und vertritt die Schwesternschaft nach außen.⁶⁷ Durch ihr Wahlrecht können die Schwestern also mittelbar auf die Geschäftsführung und Leitung einwirken. In der Mitgliederversammlung werden weiterhin die Höhe des Mitglieds- bzw. des Gemeinschaftskostenbeitrages festgelegt.⁶⁸ Letztlich kann die Mitgliederversammlung eine Satzungsänderung vornehmen und die Auflösung/Umwandlung der Schwesternschaft beschließen. Über eine Änderung der Satzung können etwa die Verwendung der Vereinsmittel⁶⁹ und die Rechte und Pflichten der Mitglieder beeinflusst werden.

⁵⁵ *Weber* (Fn. 36), S. 208 f.

⁵⁶ Diese Einschätzung wird bekräftigt durch aktuelle Presseberichterstattung, vgl. *frontal21*, „Rotkreuzschwestern ausgebeutet – Missbrauch bei der Leiharbeit, S. 1, <https://bit.ly/2KmlIto>, zuletzt abgerufen am 25.04.18.

⁵⁷ *Weber* (Fn. 36), S. 215 stellt zutreffend fest, dass die Anwendbarkeit des MitbestG hohe Anforderungen stellt, die von einer Schwesternschaft regelmäßig nicht erfüllt sind.

⁵⁸ Vgl. *Koch*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*¹⁸, 2018, § 1 BetrVG Rn. 1.

⁵⁹ Wie vorstehend *Weber*, *Rotkreuzschwester*, S. 213 ff.

⁶⁰ BAG, Beschluss v. 06.07.1995 – 5 AZB 9/93 (juris) Rn. 28; BAG, Beschluss v. 03.06.1975 – 1 ABR 98/74 (juris) Rn. 27.

⁶¹ Ähnlich *Krause* (Fn. 45), S. 422 m.w.N.; *Wank/Maties*, NZA 2007, 353, 357.

⁶² *WSSRK* (Fn. 2), § 25.

⁶³ Siehe zu Aufgaben und Befugnissen des Beirats *WSSRK* (Fn. 2), § 24.

⁶⁴ *Richardi*, in: *Richardi* (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz*¹⁵, 2016, § 87 Rn. 54.

⁶⁵ So *Weber* (Fn. 36), S. 216; ähnlich *Mestwerdt*, NZA 2014, 281, 283, der angesichts der Anwesenheit der Oberin in der Mitgliederversammlung die „unbeeinflusste Wahrnehmung der Interessen der Mitglieder“ bezweifelt.

⁶⁶ Zur Wirkung der Entlastung *Waldner/Wörle-Himmel*, in: *Sauter/Schweyer/Waldner* (Fn. 31), Rn. 289.

⁶⁷ *WSSRK* (Fn. 2), § 20.

⁶⁸ *WSSRK* (Fn. 2), § 7 IV.

⁶⁹ *WSSRK* (Fn. 2), § 2.

(c) Kompensation des fehlenden Betriebsrats?

DRK-Schwestern können das Vereinsgefüge somit in finanzieller und organisatorischer Hinsicht beeinflussen. Ob die Rechte der Mitbestimmung aber ausreichen, den fehlenden Betriebsrat zu kompensieren, ist zweifelhaft. Einerseits besteht in der Theorie die Möglichkeit, durch Wahlrechte den Vorstand zu lenken. Auch könnte der Befugnis, die Satzung zu ändern, eine erhebliche Bedeutung für die einzelne Schwester zukommen. Andererseits relativiert eine nähere Betrachtung die scheinbar einflussreichen Mitbestimmungsrechte einer Schwester. Die Stimmrechte in der Mitgliederversammlung sind vom jeweiligen Status der Schwestern abhängig. Je nachdem, ob die Schwester ordentliches, außerordentliches oder auszubildendes Mitglied ist, variiert die Stärke des Stimmrechts. Zudem müssen die Wahlrechte unter Berücksichtigung der Vereinsgröße und eventueller Mehrheitserfordernisse betrachtet werden.⁷⁰ Soweit das BAG pauschal auf die Wahlrechte verweist, folgt daraus nicht zwingend eine effektive Einflussmöglichkeit des Mitglieds. Wahlrechte ermöglichen nur eine mittelbare, zeitlich nachgeschaltete Kontrolle des Vorstands. Auf die aktuelle Geschäftsführung des Vorstands kann eine Schwester hingegen nicht einwirken.⁷¹ Einflussreich erscheint letztlich das Recht der Satzungsänderung. Da die Satzung die Rechte und Pflichten der Mitglieder festlegt, könnte man annehmen, dass die Schwestern den Inhalt ihrer Leistungspflichten faktisch selbst bestimmen. Dabei würde allerdings vernachlässigt, dass hauptsächlich die Mitgliederordnung detaillierte Bestimmungen zur beruflichen Tätigkeit beinhaltet. Die Mitgliederordnung wird aber nicht von der Schwesternschaft selbst, sondern vom Verband der Schwesternschaften beschlossen.⁷² Ungeachtet dessen wird die Satzungsänderung selbst durch hohe bürokratische Hürden erschwert. Will die Mitgliederversammlung eine Satzungsänderung oder eine Umwandlung der Schwesternschaft vornehmen, ist eine $\frac{3}{4}$ Mehrheit erforderlich.⁷³ Außerdem bedürfen Änderungen oder Ergänzungen der Satzung der Zustimmung des Verbandes der Schwesternschaften. Auch wenn man den Rechten der Schwestern im Vergleich einen höheren Stellenwert zumisst, muss die unterschiedliche Schutzrichtung der Betriebsrattätigkeit beachtet werden. Zentrale Beschäftigungspunkte eines Betriebsrats sind die tägliche Arbeitssituation der Arbeitnehmer und die soziale Situation innerhalb des Betriebs. Diese Bereiche unterliegen in der Vereinsstruktur der Schwesternschaften aber der Geschäftsführung bzw. dem Verband der Schwesternschaften.⁷⁴ Die Schwestern können zwar über finanzielle und organisatorische Aspekte des Vereins mitbestimmen, auf ihre eigenen Arbeitsbedingungen haben sie aber nahezu keinen Einfluss.⁷⁵

⁷⁰ Krause (Fn. 45), S. 424.

⁷¹ Vgl. Weber (Fn. 36), S. 220.

⁷² Weber (Fn. 36), S. 222 f.

⁷³ Vgl. WSSRK (Fn. 2), § 14 I Nr. 2.

⁷⁴ Weber (Fn. 36), S. 222, bezeichnet die Situation als „paradox“, wertet die Kompetenzen der Mitgliederversammlung aber insgesamt stärker.

⁷⁵ Siehe hierzu mit abweichendem Gesamtergebnis nach Interessenabwägung Weber (Fn. 36), S. 219 ff.; Mestwerdt, NZA 2014, 281, 283, kritisiert zudem die fehlende Möglichkeit koalitionsmäßiger Betätigung.

b) Zwischenfazit

Eine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften liegt vor.⁷⁶ DRK-Schwestern sind als Arbeitnehmer i.S.d. allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs einzustufen.

3. Europäischer Einfluss – DRK-Schwestern als Leiharbeiter?

Arbeitnehmer werden zusätzlich durch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) geschützt.⁷⁷ Eine Arbeitnehmerüberlassung (ANÜ) liegt gemäß § 1 I S. 1 AÜG vor, wenn ein Arbeitgeber als Verleiher einem Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit überlässt. Schwesternschaften des DRK überlassen ihre Mitglieder externen Einrichtungen auf Grundlage von Gestellungsverträgen. Äußerlich ist das Geschäftsmodell der Schwesternschaften somit kaum von der ANÜ zu unterscheiden.⁷⁸ Geht man mit dem BAG (entgegen der oben geäußerten Kritik) davon aus, dass DRK-Schwestern keine Arbeitnehmer sind, wäre das AÜG nur anwendbar, wenn der Arbeitnehmerbegriff des AÜG von § 611a I S. 1 BGB abweicht.⁷⁹

a) Arbeitnehmerbegriff und Anwendungsreich des AÜG

Eine etwaige Abweichung vom Arbeitnehmerbegriff des § 611a I S. 1 BGB ergibt sich vor dem historischen Hintergrund des AÜG. Das AÜG dient der Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie (Richtlinie 2008/104/EG⁸⁰). Nationale Normen des AÜG sind deswegen im europäischen Licht auszulegen.⁸¹ Im Bereich des sekundären Unionsrechts, wie vorliegend der Leiharbeitsrichtlinie, kann sich der Arbeitnehmerbegriff vom klassischen deutschen Verständnis unterscheiden.⁸² Wird Arbeitsschutzrecht durch Richtlinien gewährleistet, bestimmt sich der Arbeitnehmerbegriff im Regelfall durch Verweis auf das nationale Recht.⁸³ Gleiches gilt angesichts des Wortlauts von Art. 3 I lit. a) RL104 auch für die Leiharbeitsrichtlinie. Demnach ist Arbeitnehmer, wer im jeweiligen Mitgliedsstaat nach dem nationalen Arbeitsrecht als Arbeitnehmer geschützt ist.⁸⁴

⁷⁶ So im Ergebnis auch Schmitt, Zesar 2017, 167, 170.

⁷⁷ Ziegler, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht, 2010, S. 252 f.

⁷⁸ So Mestwerdt, NZA 2014, 281, 284.

⁷⁹ Das Folgende basiert mit dem BAG auf der Prämisse, dass DRK-Schwestern keine Arbeitnehmer sind.

⁸⁰ Im Folgenden RL104.

⁸¹ Kock, in: Rolfs u.a. (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar AÜG⁴⁷, 2018, § 1 AÜG Rn. 6; Ulrici, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht¹, 2016, § 1 AÜG Rn. 2.

⁸² Gallner, FA 2015, 289; Siehe hierzu auch den Überblick von Ziegler (Fn. 76), S. 491 ff.

⁸³ Vgl. Junker, EuZA 2016, 184, 186 f.; vgl. Ziegler (Fn. 76), S. 493 ff.

⁸⁴ Schmitt, Zesar 2017, 167, 172; wohl im Ergebnis auch die bisherige Literatur, siehe Ziegler (Fn. 76), S. 260; Vgl. Wank, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht¹⁸, 2018, § 1 AÜG Rn. 5; Lorenz, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht⁴, 2017, § 1 AÜG Rn. 9.

b) Aktuelle Rechtsprechung

Anlässlich einer Vorlagefrage des BAG hat sich der EuGH mit dem persönlichen Anwendungsbereich des AÜG befasst.⁸⁵ Das BAG hatte den Fall einer DRK-Schwester zu beurteilen, die in einem Krankenhaus auf Grundlage eines Gestellungsvertrages für unbestimmte Zeit tätig werden sollte. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung zur Einstellung aufgrund eines Verstoßes gegen das AÜG.⁸⁶ Im Rahmen des vom Krankenhaus eingeleiteten Zustimmungsersetzungsverfahrens war unklar, ob der Arbeitnehmerbegriff i.S.v. § 1 I S. 1 AÜG sich nach nationalem Recht richtet.⁸⁷

Der EuGH konkretisierte daraufhin den Arbeitnehmerbegriff i.S.d. Leiharbeitsrichtlinie. Ausgehend von Art. 3 I lit. a) RL104 sei jede Person Arbeitnehmer, die eine Arbeitsleistung erbringt und in dieser Eigenschaft in dem betreffenden Mitgliedsstaat geschützt ist.⁸⁸ Das wesentliche Merkmal eines Arbeitsverhältnisses bestehe darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt und im Gegenzug eine Vergütung erhält.⁸⁹ Unerheblich sei wiederum die rechtliche Einordnung des Verhältnisses nach nationalem Recht, die Art der Rechtsbeziehungen und die Ausgestaltung des Verhältnisses.⁹⁰ Aus Art. 1 I und Art. 3 I lit. c) RL104 folge, dass man die Leiharbeitsrichtlinie auch auf Personen anwenden müsse, die in einem „Beschäftigungsverhältnis“ stehen.⁹¹ Deswegen könne man DRK-Schwestern nicht schon wegen des fehlenden Arbeitsvertrags vom Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie ausnehmen.⁹² Der Hinweis in Art. 3 II RL104, dass nationales Recht in Bezug auf den Arbeitnehmerbegriff unberührt bleibt, sei unerheblich. Dieser solle den Mitgliedsstaaten nicht erlauben, den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie selbst festzulegen.⁹³ Mitgliedstaaten könnten sonst beliebig bestimmte Personengruppen aus dem Schutz der Richtlinie ausnehmen.⁹⁴

Unter Berücksichtigung dieser Konkretisierung wies das BAG das Zustimmungsersetzungsgesuch nach unionsrechtskonformer Auslegung von § 1 I S. 1 AÜG a.F. ab.⁹⁵

c) Stellungnahme zur Rechtsprechung

aa) EuGH

Angesichts des Richtlinienwortlauts stellt sich die Frage, ob der EuGH zu Recht von einem euroautonomen Arbeitnehmerbegriff ausgegangen ist. Relevant ist diese Bewertung, da nach Rechtsprechung des BAG DRK-Schwestern keine Arbeitnehmer sind.

Praktisch gewährt der EuGH durch seine Entscheidung ein gewisses Maß an Rechtssicherheit bezüglich des Anwendungsbereichs des AÜG.⁹⁶ Indem er aber in augenscheinlichem Widerspruch zum Richtlinienwortlaut an den europäischen Arbeitnehmerbegriff anknüpft, könnten Verweise auf das nationale Recht generell an Bedeutung verlieren. Richtlinien würden praktisch weniger berechenbar.⁹⁷ Nach *Ulrici* hat jedoch der EuGH den Verweis nicht sehenden Auges vernachlässigt. Vielmehr habe das BAG die Vorlagefrage suggestiv verfasst, weswegen der EuGH sich auf formalistische Aspekte konzentriert und inhaltlichen Fragen nicht ausreichend Aufmerksamkeit gewidmet hat.⁹⁸

Im Ergebnis kann die Entscheidung aber überzeugen. Der Verweis auf nationales Recht ist in Anbetracht der Rechtsprechung des EuGH als bedingter Verweis unter Vorbehalt des Effet-utile zu verstehen.⁹⁹ Auch wenn sich die Definition nach nationalem Recht richtet, wirkt das Unionsrecht begrenzend – die praktische Wirksamkeit der Richtlinie und der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts muss gewahrt werden.¹⁰⁰ Ein Mitgliedsstaat darf ungeachtet des Charakters der Verweisung nicht unter Verletzung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie nach seinem Belieben bestimmte Personalkategorien von dem durch die Richtlinie bezweckten Schutz ausnehmen.¹⁰¹ Der Ausschluss darf nur bei einem erheblichen Wesensunterschied des betreffenden Verhältnisses zum nationalen Arbeitsverhältnis erfolgen.¹⁰² Im Ergebnis lag es somit am BAG zu prüfen, ob DRK-Schwestern aufgrund ihrer Arbeitsleistung geschützt sind, was wiederum der Prüfung einer Rechtsumgehung entspricht.¹⁰³

bb) BAG

Die Entscheidung des BAG ist im Hinblick auf den EuGH konsequent. Das BAG weicht nicht von seiner ständigen Rechtsprechung zu DRK-Schwestern ab.¹⁰⁴ Im Rahmen der vorgegebenen Prüfung, ob DRK-Schwestern sich wesentlich von Arbeitnehmern unterscheiden, prüft das BAG den Schutz anhand eines selbst gebildeten Maßstabs (mit Verweis auf EuGH). Es genüge ein:

„Schutz (...), der dem eines Arbeitnehmers zumindest in Teilen entspricht oder gleichwertig ist, ohne mit diesem identisch sein zu müssen.“¹⁰⁵

Die Schutzprüfung ähnelt dabei früheren Entscheidungen. Bezeichnend ist allerdings, dass das BAG den Schutz in „wesentlichen“ Bereichen bejaht, dabei aber ausdrücklich

⁸⁵ BAG, EuGH-Vorlage v. 17.03.2015 – 1 ABR 62/12 (A) (juris).

⁸⁶ BAG, EuGH-Vorlage v. 17.03.2015 – 1 ABR 62/12 (A) (juris), Rn. 5.

⁸⁷ BAG, EuGH-Vorlage v. 17.03.2015 – 1 ABR 62/12 (A) (juris) Rn. 15.

⁸⁸ EuGH, Urteil v. 17.11.2016 – C 216/15 (juris) Rn. 26.

⁸⁹ Mit Verweis auf ständige Rechtsprechung, EuGH, Urteil v. 17.11.2016 – C 216/15 (juris) Rn. 27; EUGH, Urteil v. 11.11.2010, C-232/09 (juris) Rn. 39 m.w.N.

⁹⁰ EuGH, Urteil v. 17.11.2016 – C 216/15 (juris) Rn. 29.

⁹¹ EuGH, Urteil v. 17.11.2016 – C 216/15 (juris) Rn. 28.

⁹² EuGH, Urteil v. 17.11.2016 – C 216/15 (juris) Rn. 29.

⁹³ EuGH, Urteil v. 17.11.2016 – C 216/15 (juris) Rn. 31 f.

⁹⁴ EuGH, Urteil v. 17.11.2016 – C 216/15 (juris) Rn. 37.

⁹⁵ In der bis zum 31.03.2017 gültigen Fassung.

⁹⁶ *Hildebrand*, ArbRB 2016, 354, 355.

⁹⁷ *Ulrici*, Anmerkung 1 zu jurisPR-ArbR 1/2017; *Hermann*, ArbRAktuell 2017, 220; *Hildebrand*, ArbRB 2016, 354, 355.

⁹⁸ *Ulrici*, Anmerkung 1 zu jurisPR-ArbR 1/2017; *Ulrici*, EuZW 2017, 68, 71.

⁹⁹ *Heuschmid/Hlava*, AuR 2017, 121, 122 mit Verweis auf EuGH, Urteil v. 01.03.2012 – C-393/10 (juris) Rn. 34.

¹⁰⁰ EuGH, Urteil v. 01.03.2012 – C-393/10 (juris) Rn. 36.

¹⁰¹ *Mestwerdt*, ArbAktuell 2017, 8, 9; EuGH, Urteil v. 01.03.2012 – C-393/10 (juris) Rn. 36.

¹⁰² EuGH, Urteil v. 01.03.2012 – C-393/10 (juris) Rn. 42.

¹⁰³ *Schmitt*, Zesar 2017, 167, 173.

¹⁰⁴ BAG, Beschluss v. 21.02.2017 – 1 ABR 62/12 (juris) Rn. 26.

¹⁰⁵ BAG, Beschluss v. 21.02.2017 – 1 ABR 62/12 (juris) Rn. 39.

auf die Prüfung der Einflussrechte verzichtet.¹⁰⁶ Nach hier vertretener Ansicht stellt aber gerade der Bereich der Einflussnahme in der Schwesternschaft ein aus Sicht der einzelnen Schwester prägendes Recht dar. Auch bestehen in diesem Bereich erhebliche Zweifel, ob die DRK-Schwester gleich einem Arbeitnehmer geschützt ist (s.o.). Das BAG weicht einer erneuten Prüfung der Mitbestimmungsrechte wohlweislich aus. Insbesondere wegen der Einführung von § 611a BGB und angesichts der langen Zeitspanne zur letzten Umgehungsprüfung wäre eine erneute Prüfung jedoch angebracht gewesen.

III. Fazit

Die vereinsrechtliche Organisation der Schwesternschaften stellt DRK-Schwestern im Hinblick auf den Bestandsschutz und den Einfluss auf die eigenen Arbeitsbedingungen schlechter. Insoweit ist eine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften anzunehmen.¹⁰⁷ Entgegen der Auffassung des BAG sind DRK-Schwestern als Arbeitnehmer i.S.d. allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs einzustufen. Die Ansicht des BAG hat dazu geführt, dass DRK-Schwestern jahrzehntelang trotz Ähnlichkeiten im Geschäftsmodell nicht in den Schutzbereich des AÜG einbezogen wurden. Die jüngst ergangene Entscheidung des BAG hebt diese lang praktizierte Sonderbehandlung auf. Zwar bleibt das BAG seiner ständigen Rechtsprechung treu, erklärt aber dennoch im Hinblick auf den EuGH das AÜG für anwendbar.

IV. Konsequenzen der Rechtsprechung

Angesichts der Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten (§ 1 I S. 4 und I b AÜG) stand das bisherige Geschäftsmodell der Schwesternschaften vor dem Ende. Um dem entgegenzuwirken¹⁰⁸ wurde mit Wirkung vom 25.07.2017 das DRK-Gesetz um § 2 IV ergänzt. Demnach gilt das AÜG mit der Maßgabe, dass § 1 I S. 4 und I b AÜG nicht anwendbar sind. Ob es jedoch europarechtskonform ist, die DRK-Schwestern entgegen dem EuGH-Urteil durch eine Ausnahmeregelung dem Schutzbereich des AÜG teilweise wieder zu entziehen, ist zu bezweifeln.¹⁰⁹

¹⁰⁶ BAG, Beschluss v. 21.02.2017 – 1 ABR 62/12 (juris) Rn. 48.

¹⁰⁷ So im Ergebnis auch *Schmitt*, Zesar 2017, 167, 170.

¹⁰⁸ Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Pressemitteilung, Einigung zum Erhalt der Schwesternschaften vom DRK, <https://bit.ly/2wd2nHt>, zuletzt abgerufen am 25.04.18.

¹⁰⁹ So schon *Schmitt*, Zesar 2017, 167, 175; näher siehe m.w.N. *Düwell*, Anmerkung 1 zu jurisPR-ArbR 36/2017; *Wank*, EuZW 2018, 21, 30.

Claudia Kück (LL.B.), Carl Grupe*

Verhandeln auf internationalem Parkett

– Die ICC International Commercial Mediation Competition

Zum 13. Mal fand diesen Februar die „ICC¹ International Commercial Mediation Competition“ (ICC Mediation Competition) statt, die jährlich vom International Centre for ADR² der Internationalen Handelskammer in Paris organisiert wird. An dem Event nahmen 65 Studierendenteams der Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften aus 32 Nationen, sowie über 130 international renommierte Mediatoren teil.³

Die Veranstaltung ist dabei wie folgt aufgebaut: Jedes Team verhandelt mindestens viermal vier verschiedene Fälle und kann sich je nach Anzahl der Gewinne ggf. in den nach dem Knock-Out-Verfahren abgehaltenen Finalrunden mit weiteren Teams im Rahmen neuer Mediationsfälle messen. Dabei treten pro Mediation immer zwei Studierende an, wovon einer die Rolle des Mandanten („Client“) und der andere die seines Rechtsanwalts („Counsel“) übernimmt.

In den vier Vorrunden, die über drei Tage hinweg abgehalten werden und jeweils 85 Minuten dauern, traten dieses Jahr über 230 Studierende in über 100 Mediationen an. Damit ist die ICC Mediation Competition aktuell der weltweit größte Wettbewerb, der sich ausschließlich dem Thema der internationalen Wirtschaftsmediation widmet.⁴

Während des Wettbewerbs muss jedes Team seine Mediationsfähigkeiten unter Beweis stellen und zeigen, dass es mehrdimensionale Konflikte, die Probleme auf juristischer, wirtschaftlicher und ethischer Ebene beinhalten, lösen kann, ohne dabei die persönliche oder geschäftliche Beziehung mit der Partei zu zerstören, die mit am Verhandlungstisch sitzt. Die Fälle, die im Rahmen der ICC Mediation Competition simuliert werden, entwickelt eine spezialisierte Arbeitsgruppe, die aus erfahrenen, international tätigen Mediatoren besteht. Bei dem Entwerfen der Sachverhalte sind diese dazu angehalten, aktuelle Szenarien, die sie in ihrer Praxis beschäftigt haben, einfließen zu lassen.

Die Fälle entstammen in Grundzügen einem wirtschaftlichen Kontext, sind allerdings auch immer mit verschiedensten ethischen, sozialen und kulturellen Nuancen angereichert. Einer der diesjährigen Sachverhalte betraf beispielsweise einen Vertrag, der zwischen einem Nahrungsmittelkonzern und einer Nichtregierungsorganisation (NGO), die Flüchtlingslager betreibt, geschlossen wurde. Die Probleme

zwischen diesen Parteien entstanden rund um eine Vertragspassage über die Lieferung von Lebensmitteln, die nach Ansicht der NGO die unverschriftlichte Bedingung enthielt, der Nahrungsmittellieferant würde die Produkte zum Produktionspreis bereitstellen. Gestiegene Stückkosten führten jedoch dazu, dass der Nahrungsmittellieferant einen höheren Preis von der NGO verlangen musste, um zumindest kostendeckend arbeiten zu können. Dies wiederum löste eine massive mediale Kritikwelle gegen den Lebensmittelkonzern aus.

Parallel hatte die NGO Spendengelder der UNO veruntreut und vertragswidrig in einem Drittland verwendet, um dort den Opfern eines neu ausgebrochenen Kriegs zu helfen. Dies resultierte darin, dass die NGO keine weiteren Zahlungen leisten konnte, was schließlich gemeinsam mit der Forderung nach einem höheren Preis durch den Nahrungsmittellieferanten, Auslöser des Disputs war.

Die Rechtslage ist bei den verschiedenen Problemen im Rahmen des Wettbewerbs immer zugunsten beider Parteien auslegbar. Es lassen sich also gut hörbare Argumente für die jeweiligen rechtlichen Standpunkte finden. Daher liegt hier auch nicht unbedingt das Hauptaugenmerk des Wettbewerbs. Entscheidendes Charakteristikum der Mediations-Fälle sind vielmehr die komplexen Interessenlagen. Der Blick soll weg von mit juristischen Argumenten untermauerten Schuldzuweisungen auf die nicht zwangsweise gegenläufigen Interessen gerichtet werden. Nur der Fokus auf die hinter den Positionen liegenden Interessen eröffnet in der ICC Mediation Competition in der Regel den Weg zu einer beidseitig befriedigenden und somit erfolgreichen Lösung.

Seit dem Jahr 2012 befindet sich auch die Bucerius Law School unter den im Wettbewerb konkurrierenden Teams.

Um aber mit einer etwas persönlicheren Note zu beleuchten, was für ein Wissen man sich in Vorbereitung auf und während des Wettbewerbs aneignen kann und auf welche Art und Weise er die juristische Ausbildung bereichert sowie möglicherweise die berufliche Zukunft beeinflusst, soll in diesem Artikel vor allem das ICC Mediation Team 2017/2018 der Bucerius Law School zu Wort kommen.

A. Was genau kann man im Rahmen der Teilnahme an der ICC Mediation Competition über Mediation lernen?

Claudia Kück⁵: Vor allem erwirbt man Kenntnisse im Hinblick auf die fünf Phasen einer Mediation⁶.

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin von Prof. Dr. Ulla Gläßer, Lehrstuhl für Mediation, Konfliktmanagement und Verfahrenslehre, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder). Der Autor ist Student der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ International Chamber of Commerce.

² ADR = Amicable/Appropriate Dispute Resolution.

³ Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung wird in diesem Artikel die Schreibweise von generischen Personen- und Berufsbezeichnungen in der männliche Form gewählt, wobei die weiblichen (Berufs-)Gruppenangehörigen immer mitgemeint sind.

⁴ Vgl. <https://iccwbo.org/event/13th-icc-international-commercial-mediation-competition/> (zuletzt abgerufen: 03.04.2018).

⁵ Coach des Bucerius Mediation Teams 2017/2018; Teilnahme an der 9. ICC Mediation Competition mit dem Team der Bucerius Law School 2013/2014.

⁶ Für eine detaillierte Beschreibung der Mediationsphasen, siehe u.a.: Alexander/Ade: Mediation und Recht, 2. Aufl. 2013;

Eine Mediation beginnt typischerweise⁷ mit einer Eröffnungsphase, in der der Mediator eine kurze Einführung gibt, in der er seine Rolle erläutert und bestimmte Kommunikationsregeln für die Verhandlung festlegt, und die Parteien sowie ihre Anwälte die Möglichkeiten haben, den Ausgangspunkt des Konflikts aus ihrer Sicht in „*Opening Statements*“ kurz zu schildern.

Daran schließt sich die Phase der Sachverhaltsklärung an. Sie dient dem Mediator und den Parteien dazu, Fragen zu den Einzelheiten des Konflikts zu stellen, mit dem Ziel eine Faktenlage zu etablieren, auf die sich beide Parteien einigen können. Selbst wenn eine solche Einigung erzielt werden kann, sind die Parteien zu diesem Zeitpunkt aber grundsätzlich noch weit von einer Lösung des Kernkonflikts entfernt. Sie sind meist ausschließlich darauf fokussiert, die eigene Position in Form eines bestimmten Geldbetrags weitestmöglich durchzusetzen und diese mit einer juristischen Argumentation zu untermauern – ähnlich einem Gerichtsverfahren.

Um sich von diesem sog. distributiven Verhandlungsstil⁸ zu lösen, wird in der dritten Phase mithilfe des Mediators ermittelt, welche tiefergehenden Interessen hinter den Positionen der Streitenden liegen. Dieser Verhandlungsabschnitt bildet das Herzstück der Mediation. Es gibt verschiedene Techniken, die der Mediator nun einsetzen kann, um die Interessen der Parteien zu ermitteln. Zu den effektivsten Methoden zählt das „*Looping*“⁹, eine Kommunikationstechnik, bei der der Anwender das zuvor vom Gegenüber Gesagte in Form einer Frage paraphrasiert, in deren Formulierung er die Interessen und Gefühle der Beteiligten miteinbezieht. Dieses Zurückspielen an die betroffene Person im Rahmen einer Frage dient dem Zweck, sich zu vergewissern, ob richtig verstanden wurde, was ausgedrückt werden sollte. So stellt der Mediator nicht nur sicher, dass sich derjenige besonders gut verstanden fühlt, sondern hilft der Partei mittels seines Paraphrasierens idealerweise auch dabei im Anschluss ihr Interesse selbst besser formulieren zu können. Bei der Interessenerforschung ist darüber hinaus insbesondere zu beachten, dass ein Interesse nie einfach nur Geld sein kann. Der Mediator wird immer eine komplexere Umschreibung einfordern, um ein integratives, d.h. wertschöpfendes und kooperatives Verhandeln¹⁰ zu befördern. So kann hinter der Position „Mir stehen 1 Mio. € aufgrund meiner Kaufvertragsforderung zu“ etwa das Interesse der betroffenen Partei liegen, zukünftig ausreichend Geld zur Verfügung zu haben, um ein bereits entwickeltes Produkt ihres Unternehmens auf den Markt zu bringen oder aber etwa das Interesse, eine

Insolvenz zu vermeiden. Die Arbeit des Mediators ist hier aber bei Weitem nicht abgeschlossen. Ein weiterer wichtiger Schritt in dieser Phase besteht schließlich darin, die ermittelten Interessen zu priorisieren, um eine maßgeschneiderte Streitklärung sicherzustellen.

Das Wissen um ihre gegenseitigen Interessen und deren Gewichtung bietet den Parteien am Ende aber auch noch keine Lösung ihres Konflikts. In einem vierten Schritt werden sie daher vom Mediator angehalten, möglichst viele verschiedene kreative Einigungsoptionen zu entwickeln.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass der Mediator selbst den Parteien – entgegen einer weitverbreitet anzutreffenden Fehlvorstellung¹¹ – grundsätzlich keinerlei konkrete Einigungsvorschläge unterbreitet. Bewegt er sich innerhalb des „*facilitative style*“¹², dem in Europa, Nordamerika und Australien gängigen Ausbildungsmodell¹³, ist er darauf trainiert, den Beteiligten der Mediation zu ermöglichen, die Verhandlung selbstbestimmt und eigenverantwortlich zu führen. Dem Mediator kommt also vorrangig eine moderierende Funktion zu. Demgegenüber steht der „*evaluative style*“, der teilweise in den USA verbreitet ist, in dem der Mediator den Beteiligten die eigene Einschätzung vermittelt, um ihnen auf diesem Wege zu einer besseren Entscheidungsgrundlage zu helfen. Dieser Mediationsstil darf wiederum nicht mit der Schlichtung verwechselt werden, in deren Rahmen der Schlichter zuletzt – ähnlich einem Urteil – einen Vergleichsentwurf vorlegt, den die Parteien optional akzeptieren können.¹⁴

Sobald die Parteien innerhalb der vierten Phase eine zufriedenstellende Vielzahl an Optionen erarbeitet haben, erfolgt eine Bewertung der Lösungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung der zuvor erforschten Interessen, um zuletzt idealerweise eine Option zu finden, die eine „Win-Win“-Situation für beide Parteien herstellt.

In der fünften und letzten Phase gilt es dann das Verhandlungsergebnis in eine angemessene schriftliche Einigung zu gießen. Die Feinheiten einer solchen Ergebnisvereinbarung werden meist erst im Anschluss an die Mediation durch die Anwälte der jeweiligen Parteien festgehalten. In der ICC Mediation Competition kommt man in der Regel allerdings nie bis in diese Abschlussphase¹⁵, da es innerhalb der begrenzten Zeit einer Wettbewerbsrunde schon herausfordernd genug ist, die Interessen der Parteien herauszuarbeiten sowie sinnvolle Lösungsoptionen zu finden.

Abschließend bleibt zu sagen, dass die Einteilung einer Ver-

Haft/Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016; *Trenczek/Berning/Lenz/Will* (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement, 2. Auflage 2017; *Klowait/Gläßer* (Hrsg.), Mediationsgesetz – Handkommentar, 2. Aufl. 2018.

⁷ Es gibt viele verschiedene Ausbildungsmodelle und Mediationsstile (vgl. etwa: *Riskin*: Mediator Orientations, Strategies and Techniques, 12 Alternatives to the High Cost of Litigation (1994), 111; hier wird auf das Modell Bezug genommen, das die Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren (ZMediatAusB) beinhaltet.

⁸ *Klowait/Gläßer*, MediationsG, Teil 1 Nr. 1 Rn. 29.

⁹ Oder auch „*Loop of Understanding*“, siehe *Friedmann/Himmelstein*, Challenging Conflict: Mediation through Understanding, 2008, S. 63 f.

¹⁰ Grundlegend: *Fisher/Ury*, Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In, 1981.

¹¹ So wurde der Begriff „Mediation“ etwa in der Berichterstattung zu „Stuttgart 21“ oftmals unzutreffend verwendet, siehe: *Wörner*, Mediation ist kein Zauberwerk, Süddeutsche Zeitung, 10. Oktober 2010; *Wittrock/Weiland*, Stuttgart-21-Mediator Geißler: Entgleister Schlichter, SpiegelOnline, 8. Oktober 2010.

¹² *Riskin*: Mediator Orientations, Strategies and Techniques, 12 Alternatives to the High Cost of Litigation (1994), 111, 111 f.

¹³ *Lang-Sasse*: Mediationsstile und deren Merkmale, ZKM 2013, 54, 54.

¹⁴ Vgl. *Prütting*, Außergerichtliche Streitbeilegung – Ein Handbuch für die Praxis, 2003, Rn. 5.

¹⁵ Der Abschluss einer solchen Ergebnisvereinbarung ist auch ausdrücklich kein Ziel, das die Teilnehmer anstreben müssen und bringt dementsprechend keinerlei Punkte bei der Teambewertung, siehe: 13th ICC International Commercial Mediation Competition Rule 2.2.

handlung in diese fünf Phasen, meiner Meinung nach, auch außerhalb des Mediationskontexts einen großen Mehrwert hat und es sich daher definitiv lohnt sich genauer mit ihnen auseinanderzusetzen.

B. Was für Hindernisse und Probleme ergeben sich, wenn man mit Menschen verhandelt, die aus anderen Kulturkreisen stammen bzw. einen anderen juristischen Hintergrund haben? Wie kann man diese angemessen überwinden?

Katharina Tisch¹⁶: Wir standen im Wettbewerb z.B. einem türkischen Team gegenüber, deren Vorgehen während der Verhandlung uns immer wieder überrascht hat. Die Darstellung des Sachverhalts in den Eröffnungsstatements erfolgte auf eine extrem ausgeschmückte Art und Weise und das Team nahm sich eine Auszeit zu einem Punkt in der Verhandlung, an dem wir nie damit gerechnet hätten. Entsprechend waren wir anfangs sehr überrumpelt.

In dem Moment wurde mir aber bewusst, dass wir uns abseits jeder Taktik darauf zurückbesinnen müssen: Was möchte die Person auf anderen Seite uns hier genau mitteilen? Denn nur, wenn man alle Nuancen des Problems herausfindet und versteht, d.h. welche Interessen hinter welcher Position stecken, dann kann man zu einer Konfliktlösung gelangen. Wenn Menschen aus einem anderen Kulturkreis stammen, kommunizieren sie ihren Standpunkt aber ganz anders.

In dieser Wettbewerbsrunde haben wir also gemerkt, dass wir erst einmal diese Kommunikationsmuster kennen lernen müssen. Dazu gehört auch, dass man manche Verhaltensweisen nicht automatisch als unhöflich einordnen darf, sondern seine Wahrnehmung des Gesagten immer wieder überprüfen muss.

Dementsprechend denke ich, dass man interkulturelle Kommunikationshindernisse überwinden kann, indem man zunächst einmal realisiert und akzeptiert, dass es sie gibt. In einem zweiten Schritt sollte man mit viel Verständnis auf das vom Verhandlungspartner Gesagte reagieren und zugleich die eigenen Aussagen mit viel Bedacht darauf wählen, wie sie von der anderen Seite aufgefasst werden könnten. Wir Deutschen neigen z.B. von Natur aus eher dazu, sehr direkt zu sein, was tendenziell in einem krassen Gegensatz zu der ausgesprochen höflichen Sprachwahl von anglo-amerikanischen oder auch asiatischen Teams steht und diese deshalb leicht verunsichern kann.

Anna Brombach¹⁷: Wenn man am Verhandlungstisch Leuten aus anderen Kulturkreisen gegenüber sitzt, muss man erstmal eine gewisse Basis schaffen, in der man sich von beiden Seiten der Herkunft aus unterschiedlichen Kulturen bewusst ist. Nur dann kann man den Grundstein der offenen

und positiven Kommunikation legen und das eigentliche Problem bearbeiten. Barrieren aus unterschiedlicher Kommunikationskultur können sich sehr stark auf das Konfliktlösungsverfahren auswirken. Gerade bei Mediation ist der Streitbelegungsprozess auf die gemeinsame Erarbeitung von Lösungen ausgelegt. Da ist effektive Kommunikation essentiell.

Ist man sich der kulturellen Unterschiede bewusst, dann kann man sie auch leichter überwinden. Zum einen durch direktes Ansprechen, zum anderen durch ein korrigiertes Einordnen der von der Gegenseite kommunizierten Inhalte. Zudem spielt der Gedanke der Nachhaltigkeit eine zentrale Rolle in der Mediation. Durch ein reines Umschiffen von schwierigen Botschaften oder Problemfeldern würde man dem nicht gerecht werden.

C. Was war der beste und einprägsamste Ratschlag, der euch während des Wettbewerbs gegeben wurde?

Katharina Tisch: Bei mir war das letztlich ein relativ einleuchtender Ratschlag, der mich aber in meine Rolle als „*Counsel*“ über den ganzen Wettbewerb immer wieder begleitet hat: Als Anwalt kannst du grundsätzlich noch so nett und höflich mit der anderen Seite umgehen, aber sobald dein Klient attackiert wird, musst du dich vor ihn stellen, gegen den Angriff angehen und dann auch einfach mal den „*Bad Cop*“ spielen.

Anna Brombach: Es wurde wirklich sehr viel Feedback gegeben. Der beste Ratschlag kam für mich persönlich von einer spanischen Mediatorin im Rahmen einer der Vorrundenverhandlungen. Sie hat mir den Ratschlag gegeben, dass man, wenn man verhandelt, trotz eigener Zielvorstellungen mit einer gewissen Offenheit an den Tisch kommen sollte. Obgleich man sich bewusst ist, was man erreichen möchte und welche Ziele und Interessen dahinterstehen, sollte man offen für Lösungsvorschläge der anderen Partei sein und diese unvoreingenommen abwägen.

Carl Grupe¹⁸: Das stimmt. Andernfalls läuft man Gefahr, eben kein interessen- sondern positionsbasiertes Verhandeln durchzuführen.

Ein Hinweis, der von unterschiedlichsten Seiten immer wieder kam, war, dass man von Anfang an in der Verhandlung versuchen sollte, einen Deal zu strukturieren. Sich auf die umstrittenen Themen, insbesondere die Allokation von Schuld zu konzentrieren, ist kontraproduktiv. Gerade das will man vermeiden, wenn man den Weg in die ordentliche Gerichtsbarkeit bewusst nicht einschlägt.

Julia Müller¹⁹: Mein bester Ratschlag war, mir immer wieder klar zu machen, warum ich eigentlich am Verhandlungstisch sitze und was ich erreichen will. Also immer realistisch zu bleiben und keine Scheu zu haben, jegliche Fragen zu stellen

¹⁶ Coach des Bucerius Mediation Teams 2017/2018; Teilnahme an der 12. ICC Mediation Competition mit dem Team der Bucerius Law School 2016/2017.

¹⁷ Teilnahme an der 13. ICC Mediation Competition mit dem Team der Bucerius Law School 2017/2018.

¹⁸ Teilnahme an der 13. ICC Mediation Competition mit dem Team der Bucerius Law School 2017/2018.

¹⁹ Teilnahme an der 13. ICC Mediation Competition mit dem Team der Bucerius Law School 2017/2018.

oder auch unangenehme Tatsachen auszusprechen.

D. Was ist eurer Meinung nach der Schlüssel zum Erfolg bei der ICC Mediation Competition?

Anna Brombach: Neben einer intensiven inhaltlichen Vorbereitung der Fälle sind vor allem zwei Dinge entscheidend. Zum einen muss man sich immer wieder auf die Interessen, die hinter den sichtbaren Positionen der anderen Partei stehen, zurückbesinnen und fortlaufend versuchen so viel wie möglich über diese herauszufinden. Zum anderen ist es wahnsinnig hilfreich, sich (insbesondere als Klient) so intensiv mit der Rolle zu identifizieren und in dieser zu stecken, dass man problemlos auch auf unvorhergesehene, spontane und unangenehme Fragen der Gegenseite antworten kann. Des Weiteren sollte man immer für spontane Änderungen im Verhandlungsverlauf in Form von ungewöhnlichen, kreativen Lösungsvorschlägen offen sein bzw. sich von diesen nicht überrumpeln zu lassen. Hier kommt der Counsel immer wieder ins Spiel. Er agiert überlegt und behält den Überblick, auch wenn Verwirrung am Verhandlungstisch entsteht. Dementsprechend ist ein gutes Zusammenspiel von Client und Counsel – neben einem vorteilhaften Verhandlungsergebnis – extrem wichtig für den Erfolg beim Wettbewerb.

Carl Grupe: Exzellente Kenntnis des Sachverhalts, starker Wille und rhetorisch schlagfertiges Auftreten.

Julia Müller: Hier hat letztlich jeder eine unterschiedliche Meinung. Ich glaube man muss eine Balance aus den Bewertungskriterien und einem authentischen Auftreten finden. Sich selbst treu zu bleiben und nicht zu arg zu schauspielern, ist auf jeden Fall sehr wichtig. Sonst wirkt der Auftritt gestellt, und das fällt schnell negativ auf.

E. Welche Kenntnisse und Fähigkeiten erwirbt man im Laufe der Vorbereitung auf den Wettbewerb, die für das Jura-Studium im Allgemeinen hilfreich sind?

Anna Brombach: Man lernt sehr gut, einen Sachverhalt, in sinnvolle Teile herunterzubrechen. Man splittet ihn u.a. auf in die Interessen der beiden Parteien und identifiziert, welche Informationen wichtig und welche eher nebensächlich sind. Man lernt also letztlich eine effektive Art der Priorisierung. Diese hilft dabei, sich sehr viel schneller bewusst zu werden, was man wirklich erreichen will und wie man dieses Ziel am besten erreicht. Im nächsten Schritt entwickelt man dann Strategien um das gesteckte Ziel zu erreichen. Im Alltag des Jura-Studiums merke ich jetzt, dass ich auch an juristische Sachverhalte ganz anders herangehe und diese viel strukturierter und vor allem mit einem veränderten Problembewusstsein aufarbeite.

Darüber hinaus übt das Verhandeln wirtschaftlich komplexer Sachverhalte auf englischer Sprache während des Wettbewerbs ungemein. Frei und ungehemmt vor Leuten sprechen zu können, hilft einem in jedem Lebensbereich.

Carl Grupe: Vor allem bezogen auf Verhandlungsstrategie und Konfliktanalyse ist die Wettbewerbsvorbereitung sehr lehrreich. Die Wettbewerbsrunden finden zwar im Format der Mediation statt, aber die Parteien, in deren Schuhen man in diesem Moment steckt, sitzen letztlich da, um ein für sie günstiges Settlement zu erlangen.

Die Herangehensweise, sich in der Vorbereitung sowie auch in der Verhandlung selbst intensiv auf die Interessen der Gegenseite zu fokussieren, ist auch in Verhandlungssituationen außerhalb des Wettbewerbs oder des Jura-Studiums sehr hilfreich. Es gibt da dieses schöne Bild von zwei Kindern, die sich um eine Orange streiten. Dass einer das Fleisch und der andere die Schale begehrt, darauf kommt aber keiner der beiden, weil sie keine offene Kommunikation praktizieren.²⁰ Während der ICC Mediation Competition lernt man demgegenüber, sich immer wieder die Frage zu stellen, was will mein Gegenüber hier wirklich und warum handelt er so, wie er handelt. Gibt es vielleicht etwas, das ich bisher übersehe?

Wenn man einen Überblick über die Interessen am Tisch hat, kristallisiert sich nach und nach eine „Zone of Possible Agreement“ (ZOPA)²¹ heraus. Es wird bestimmte, von den Interessen abgeleitete Punkte geben, bei denen man weder selbst, noch die andere Seite Zugeständnisse machen wird und andere Punkte, bei denen beide bereit sind aufeinander zuzugehen. Diese ZOPA kann man nutzen, um realistische Lösungsmöglichkeiten zu erarbeiten und anzufangen die eigenen Zugeständnisse zu planen. Hier stellen sich dann wiederum psychologische Fragen: Biete ich gleich am Anfang einen „Package-Deal“ an, der viele gegenseitige Zugeständnisse beinhaltet und signalisiere so, dass ich besonders kompromissbereit bin, um damit auch besonders stark an die Kooperationsbereitschaft der anderen Seite zu appellieren? Oder entscheide ich mich dafür, asymmetrisch Druck zu erzeugen, indem ich dem Standpunkt der anderen Seite in mehreren kleinen Schritten entgegenkomme, um meinen Verhandlungspartner im Gegenzug dazu zu bringen, mir ein großes Zugeständnis zu machen, das das Gesamtvolumen meiner vielen, geringfügigen Zugeständnisse idealerweise sogar übersteigt.

Wie man letztlich genau vorgeht, hängt dabei nicht nur vom persönlichen Stil, sondern auch davon ab, wer auf der Gegenseite sitzt, welche Strategie er fährt und wie er kulturell geprägt ist.

Während und in Vorbereitung auf die Verhandlung muss man darüber hinaus immer seine eigene „Best Alternative To a Negotiated Agreement“ (BATNA)²² und „Worst Alternative To a Negotiated Agreement“ (WATNA)²³ sowie die BATNA und WATNA der anderen Seite im Hinterkopf behalten. So bewahrt man sich davor, einen Deal abzuschließen, der unverhältnismäßig unvorteilhaft für die eigene Seite ist. Auch kann man so ggf. Oberhand über die andere Seite erlangen, indem man ihr respektvoll die Alternativlosigkeit

²⁰ Vgl. Fisher/Ury, 2. Aufl. 1991, S. 31.

²¹ Siehe etwa Brown/Marriott, ADR Principles and Practice, 3. Aufl. 2011, Rn. 4-046 ff.

²² Siehe etwa dies., Rn. 10-191 ff.

²³ Ebd.

ihres Vorgehens aufzeigt.

Diese ganzen Themen spielen tendenziell auch immer eine Rolle in Alltagskonflikten. Mit den Verhandlungstools gut umgehen zu können, bedeutet also nicht nur eine Bereicherung und einen Vorteil im Hinblick auf die Verhandlungen in Paris.

Julia Müller: Ich finde, dass die intensive Vorbereitung sehr viele wichtige Fähigkeiten für den Karriereweg des Juristen lehrt. Im Beruf wird man nicht selten mit Verhandlungssituationen konfrontiert sein. Hierauf bereitet das Mediation Training unheimlich gut vor.

Felix Tann (LL.B.)*

Patent Boxes: Current Situation and Future Challenges

A. Introduction

Patent boxes seem to be the method of choice for establishing a knowledge-based economy to most major nations, as they allow for tax breaks and other incentives.¹ As *Graetz* and *Doud* put it: research and development (“R&D”) “...is crucial to ongoing technological advancements, [but] is underproduced in the absence of government support”.² While few have tackled this issue as early as Ireland did in the 1970s and then again in 2000,³ various countries have started to incorporate patent boxes into their legal framework in recent years.⁴ Although this method is commonly used among the Organisation for Economic Co-operation and Development (“OECD”) states, the exact specifications of individual regimes came under fire from the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (“BEPS”). BEPS examined the advantages and disadvantages of patent box systems in general, and even considered some of them to be harmful tax practices.⁵ After publishing their findings, BEPS recommended changes in current regimes, and thereby sparked massive legislative change in almost all major OECD countries. A joint statement by Germany and the United Kingdom⁶ – following the BEPS findings and recommendations – gave further impetus to this urge for change, and led most European countries to implement legislative amendments rapidly, resulting in a state of uncertainty and the possibility of ongoing alterations of what patent boxes will look like.

B. Patent Boxes and International Regulation

I. Defining Patent Boxes

A patent box can be understood as a fiscal instrument that supports the economic goals pursued by patents and their inventors – namely, the impulse to innovation.⁷ It incentivises income stemming from intellectual property (IP) assets by separating the respective income from a taxpayer’s overall income and subjecting it to lower tax rates.⁸ The name patent box derives from the possibility to check a certain box on

tax forms if one is willing to opt-in for the tax incentive.⁹

Although media coverage on this matter has increased notably in recent years,¹⁰ patent boxes have been around for a few centuries already. In fact, France and Ireland introduced such regulations as early as the 1970s and 1980s.¹¹ However, the economic advantages of patent boxes might not be apparent at first glance. Are they just an institutionalised form of tax avoidance?¹² And, if not, what incentivises an economy to offer a tax reduction via patent boxes?

Universally defining the nature of patent boxes is rather difficult due to the heterogeneous nature of such tax regimes.¹³ Even the term itself is disputed, as different jurisdictions use conflicting terms to describe the same mechanism.¹⁴ Denominations such as “patent boxes” (UK), “IP boxes” (Liechtenstein), “knowledge-development boxes” (Ireland) or “innovation boxes” (Netherlands) have been adopted.¹⁵ However, there are four characteristics commonly associated with the composition of patent boxes: (i) eligibility of existing patents; (ii) eligibility of acquired patents; (iii) eligibility of a wide range of IP rights; and (iv) the possibility of receiving tax cuts on embedded royalties.¹⁶

These characteristics can serve as a first attempt at defining patent boxes. In recent years, the difficulty of finding common ground in such tax regimes has increased, as national and international criticism has forced most jurisdictions to rethink the concept.¹⁷

II. OECD and EU Regulations

European patent box regimes are impacted by two major forces: (i) Action 5 on base erosion and profit-shifting project from the OECD, and (ii) the code of conduct for business taxation designed by the EU.¹⁸

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ *Atkinson/Andes*, Patent Boxes: Innovation in Tax Policy and Tax Policy in Innovation, 2011, p. 8; *Knight/Maragani*, 19 Stan. J. L. Bus. & Fin (2013), 39, 47.

² *Graetz/Doud*, 113 Colum. L. Rev. (2013), 347, 349.

³ *Reddan*, Ireland jumps on to the knowledge-box wagon early, Irish Times (2016), 1.

⁴ Cf. *Maute/Senn/König*, Lizenz-Box Modell in Liechtenstein und der Schweiz, 2016, p. 1; *Atkinson/Andes* (fn. 1), p. 8.

⁵ Cf. OECD, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5: 2015 Final Report, 2015; *Faulhaber*, 101 Minn. L. Rev. (2017), 1641, 1643 ff.

⁶ *Germany/United Kingdom*, Joint statement: Proposals for New Rules for Preferential IP Regimes, 2014.

⁷ *Faulhaber* (fn. 6), 1641 f.

⁸ *Faulhaber* (fn. 6), 1642; s. *Atkinson/Andes* (fn. 1), 3; *Graetz/Doud* (fn. 2), 362 f.

⁹ *Atkinson/Andes* (fn. 1), 1; *Faulhaber* (fn. 6), 1648.

¹⁰ S. *Barford/Holt*, Google, Amazon, Starbucks: The Rise of “Tax Shaming,” BBC NEWS MAG; *Duhigg/Kocieniewski*, How Apple Sidesteps Billions in Taxes, N.Y. TIMES.

¹¹ *Altstadsaeter/Barrios/Nicodeme/Skonieczna/Vezzani*, Patent Boxes Design, Patent Location and Local R&D, 2015, p. 7 f.; *Graetz/Doud* (fn. 2), 362 ff.

¹² Cf. *Graetz/Doud* (fn. 2), 372; *Blair-Stanek*, 62 UCLA L. Rev. (2015), 4, 4.

¹³ *Altstadsaeter/Barrios/Nicodeme/Skonieczna/Vezzani* (fn. 12), p. 7; cf. *Atkinson/Andes* (fn. 1), p. 3; *Graetz/Doud* (fn. 2), 363 ff.

¹⁴ *Gupta*, 76 Tax Notes Int. (2014), 245, 300; *Faulhaber* (fn. 6), 1648.

¹⁵ *Gupta* (fn. 15), 300; cf. *Graetz/Doud* (fn. 2), 363 ff.; *Faulhaber* (fn. 6), 1647.

¹⁶ *Altstadsaeter/Barrios/Nicodeme/Skonieczna/Vezzani* (fn. 12), p. 8 f.

¹⁷ Cf. C. I. 3.

¹⁸ Action 5: OECD (fn. 6); Code of Conduct: see Report on a Resolution on a Code of Conduct for business taxation in the framework of the ECOFIN Council (EC) SN 4901/99.

1. OECD Guidelines Against Harmful Tax Practices

International tax regulations tend to enable companies to transfer profits to low-tax jurisdictions – also known as tax havens – and thus avoid reasonable taxation in their country of origin.¹⁹ The G20 and OECD targeted this seemingly dysfunctional system in the aftermath of the financial crisis of 2008 to improve confidence in the international tax system and reduce intergovernmental conflicts.²⁰ A milestone was reached in 2013 when the OECD – supported by the G20 – identified a 15-point “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting” to counter harmful tax competition.²¹ This action plan evolved around three priorities:

- a) introducing a new degree of coherence in national rules that impact transnational activities;
- b) requiring substantive changes in the existing international standards to improve transparency; and
- c) reinforcing certainty for businesses that do not take aggressive positions in terms of tax avoidance.²²

Based on these priorities, the Action 5 chapter focused on establishing a link between the location of value creation or economic activity and the location of a preferential tax treatment.²³ This approach was translated – in agreement with the second priority outlined above – into the need for substantial economic activity for patent box eligibility.²⁴ The so-called modified nexus approach was adopted in the 2015 final report.²⁵ In essence, a BEPS-compliant patent box should respect the following formula:²⁶

With aid of a simple illustration, this would mean that company A needs to divide the costs incurred by R&D activities of 1 million Euros (qualifying expenditures), by the incurred costs of 1 million Euros for R&D activities²⁷ plus 2 million Euros for the construction of the new lab²⁸ (overall expenditures or qualifying expenditures and non-qualifying expenditures combined). The ratio of 1/3 would then be multiplied with the overall income of 5 million Euros stemming from the patent on a new Kevlar alloy, which leaves a tax-incentivised income of roughly 1.7 million Euros.

By adopting this approach and focusing on IP-related incentives, the BEPS commission marked 16 patent boxes as incompatible and in need of revision.²⁹ Those non-compliant tax regimes were ordered to be abolished or replaced by new nexus-compliant rules by 30 June 2021. Nonetheless, even

if those 16 countries were willing to radically overhaul their current systems in the recent past, the OECD was forced to deal with arrangements to smoothen the transition period. This led to grandfathering provisions allowing new entrants (taxpayers who were not part of any patent box scheme and possess new IP assets) to access non-compliant tax regimes until 30 June 2016.

Keeping this development in mind, the OECD’s nexus-based approach will be a key driver in the future development of patent boxes, and will impact those regimes that are currently in existence (compare C.).

2. EU Law and the Code of Conduct for Business Taxation

The Commission of the European Union was fully involved in the BEPS discussions and worked parallel to the OECD to close loopholes in EU law, as well as in the domestic legislation of member states.³⁰ In part, the participation in the OECD-BEPS investigation by the EU Commission can be regarded as a reaction to the widespread introduction of patent boxes all across Europe. Hungary, Belgium, France, the Netherlands, Luxembourg and the UK have all embraced the claim that preferential tax rates are fundamental to promote investment in technology and foster the economy in a digital age.³¹ However, by relying on a patent box design that lacks linkage between the tax benefit and the existence of a demonstrable intrinsic R&D activity,³² they have effectively allowed multinational enterprises (“MNEs”) to transfer IP profits to low-tax jurisdictions.³³

In trying to avoid this race to the bottom, the EU Commission has reaffirmed the importance of the EU code of conduct on business taxation (“Code”) approved in 1999.³⁴ The Code itself is non-binding, but clearly has political force according to the EU Commission.³⁵ It aims at preventing “continuing distortions in the single market” and “supporting tax structures to develop in a more employment-friendly way”.³⁶ However, the Code is a soft-law document that depends on the will of EU governments to import its principles into national regulations.³⁷ Member states acknowledge that they will politically respect, but are not legally bound to implement, two central measures imposed by the Code, namely:

- a) rolling back tax measures that can be considered as harmful tax competition.³⁸
- b) refraining from introducing measures which could be considered as harmful tax.³⁹

¹⁹ Cf. *Blair-Stanek* (fn. 13), 4 ff.; s. *Graetz/Doud* (fn. 2), 350 ff., 392 ff.; who point at the creativity of large corporations to avoid taxation.

²⁰ OECD (fn. 6), 3 f.; OECD, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – 2015 Final Reports, 2015, p. 3; s. *Faulhaber* (fn. 6), 1642 ff.

²¹ OECD (fn. 21), p. 3; s. *Faulhaber* (fn. 6), 1654 f.

²² OECD (fn. 21), p. 3.

²³ OECD (fn. 21), p. 6 f.; *Faulhaber* (fn. 6), 1656.

²⁴ OECD (fn. 21), p. 9.

²⁵ *ibid.*; see also for an overview: *Faulhaber* (fn. 6), 1661 ff.

²⁶ OECD (fn. 6), ch. 4 subpara 30; with further explanations: *Faulhaber* (fn. 6), 1662 ff.

²⁷ Cf. OECD (fn. 6), ch. 4 subpara 30 f., 39.

²⁸ Cf. OECD (fn. 6), ch. 4 subpara 39.

²⁹ OECD (fn. 6), p. 63; OECD (fn. 21), p. 7; *Gupta* (fn. 15), 301.

³⁰ OECD (fn. 21), p. 4.

³¹ *Gupta* (fn. 15), 300; *Sheppard*, 77 Tax Notes Int. (2015), 383, 384.

³² *Altstadsaeter/Barrios/Nicodeme/Skonieczna/Vezzani* (fn. 12), p. 29.

³³ *Gupta* (fn. 15), 300.

³⁴ *Gupta* (fn. 15), 300 f.

³⁵ S. http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/harmful-tax-competition_en.

³⁶ S. Conclusions of the ECOFIN Council Meeting on 1 December 1997 concerning taxation policy (98/C 2/01), Official Journal C 002, 06/01/1998 P. 0001 – 0006.

³⁷ *Gupta* (fn. 15), 300 f.

³⁸ Report SN 4901/99 (fn. 19), para 4 sub-s c.

³⁹ Report SN 4901/99 (fn. 19), para 4 sub-s d.

Furthermore, European patent box regimes came under scrutiny after Germany's finance minister, *Wolfgang Schäuble*, described them as “going against the European spirit”, thereby strengthening the perception that they breach EU law.⁴⁰ However, the inbound transfer of IP related income may not violate the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”),⁴¹ as pointed out by the European Court of Justice (“ECJ”) in *Laboratoires Fournier SA*.⁴² In addition, the EU finance ministers adopted a directive⁴³ to implement the BEPS findings with uniformity across the EU. This instrument will exceed OECD standards. The aim of the directive, as stated by the finance minister of Slovakia, is to protect the internal market by improving domestic corporate tax codes against aggressive tax planning, as well as achieving a minimum level of protection for reliance on existing law for companies that use patent boxes or similar tax incentives.⁴⁴

C. Comparative Perspective on Patent Boxes

I. United Kingdom

1. Current Regime

Under current UK legislation, the patent box regime is characterised by four main aspects: (i) qualifying companies, (ii) qualifying rights, (iii) qualifying development, and (iv) sophisticated methods to calculate when and how various forms of tax relief should be granted.⁴⁵

First disclosed to the public in 2009, the patent box was directed at targeting the ongoing departure of high-tech companies from the UK.⁴⁶ However, it was not until 2012 that the Finance Bill⁴⁷ was finally passed by the House of Commons and the House of Lords to become the Finance Act,⁴⁸ introducing new and critical provisions for the taxation of IP.⁴⁹ The main incentive deriving from a patent box regime is an option to elect a corporate income tax of 10 percent for all revenue stemming from IP.⁵⁰ Regarding

the eligible income, there is no limitation on revenue arising from the sale of products in connection with IP.⁵¹ Eligible income might also be generated by royalty agreements or similar contractual agreements.⁵²

Regarding the first major criterion for UK patent boxes mentioned above, companies are considered to qualify for the tax reduction if they hold or exclusively license qualifying IP and derive income from this. Another option allows businesses that have owned or licensed qualifying IP in the past, as well as groups of companies, to opt into the tax regime.⁵³ Primarily, the definition of qualifying companies aims to exclude passive IP holding companies that only manage IP rights, but do not contribute to the economy by creating new content.⁵⁴ This scope is made particularly clear by the condition that requires groups of companies to prove “active ownership” of the IP. Such provisions mean that there is an obligation to either carry out qualifying development or perform a significant amount of management activity in order to qualify for the tax reduction.⁵⁵

Moving on to the second major criterion mentioned above: qualifying rights. According to section 357BB(1) of the 2012 Finance Act, qualifying rights must be listed in the 2012 Finance Act itself. Qualifying rights include “patents granted by the UK Patent Office, under the European Patent Convention or corresponding specified rights granted under the laws of certain specified EEA states”, or “supplementary protection certificates”, but also specific patents in connection with plant breeding or medicinal veterinary products.⁵⁶ Keeping this collection of qualifying rights in mind, a clear focus on patents and other related instruments becomes apparent. As patents are most commonly associated with R&D activity, the criterion clearly aims at stimulating growth in this economic sector.

In addition to owning eligible IP, companies must also meet a development condition to qualify for tax breaks under the patent box regime. This means that they have to either create or contribute to the creation of the IP, or develop an application for the underlying patented right.⁵⁷ In particular circumstances, groups of companies are allowed to transfer the development condition without directly contributing to the original development – for example, through an acquisition of the developing company – but

⁴⁰ *Altstadsaeter/Barrios/Nicodeme/Skonieczna/Vezzani* (fn. 12), p. 3.

⁴¹ Nonetheless, the legality of patent boxes could also be questioned from the vantage point of state aid. For further information see: EuGH, verb. Rs. C-106/09 P and C-107/09 – *Commission v Gibraltar*, Slg. 2011, I-11113; *Sheppard* (fn. 32), 385 and *Burow*, 77 Tax Notes Int. (2015), 482, 482 f.

⁴² EuGH, C-39/04 – *Laboratoires Fournier SA v Direction des vérifications nationales et internationales*, Slg. 2005, I-02057; *Sheppard* (fn. 32), 384; with further explanations on the possible implications: *Faulhaber* (fn. 6), 1676 f.

⁴³ Directive of the European Council (EC) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, Official Journal of the European Union L 193/1.

⁴⁴ Directive 2016/1164 (fn. 44), p. 4 f.; see also for more details on the underlying problem of tax avoidance through IP: *Blair-Stanek* (fn. 13), 9 ff.

⁴⁵ Short overview of the UK patent box: *Knight/Maragani* (fn. 5), 53 f.

⁴⁶ *Chancellor of the Exchequer*, Pre-Budget Report December 2009, 2009, ch 1 s 1 ss 30 and ch 2 s 2 ss 33.

⁴⁷ The Finance Act 2011 (Bank Levy: Amendment of Netting Agreements Provisions) Order 2011.

⁴⁸ Finance Act 2012 (UK).

⁴⁹ *Halsbury's Laws*, vol 58-59, 2014, paras 2026-2035A.

⁵⁰ *Halsbury's Laws* (fn. 50), paras 2026-2035A; *Encyclopaedia of Forms and Precedents*, 2016, vol 21(3), s 601; *Tolley's Tax Planning*, 2016, vol. 29, pt 29 sub-s 29.1; *Simon's Taxes*, 2011, vol 3, vol 1 s Incentives;

HM Revenue & Customs, Corporate Intangible Research and Development Manual, 2016, ch CIRD200110 Aim Of The Patent Box.

⁵¹ *ibid.*

⁵² *ibid.*

⁵³ *ibid.*

⁵⁴ *Halsbury's Laws* (fn. 50), para 2035B; *Tolley's Tax Planning* (fn. 51), pt 29 sub-s 29.57; *Simon's Taxes* (fn. 51), vol 1 sub-s D1.1203; *HM Revenue & Customs* (fn. 51), ch CIRD200110 Aim Of The Patent Box; *HM Revenue & Customs* (fn. 51), ch CIRD210100 Meaning Of 'Qualifying Company'.

⁵⁵ *ibid.*

⁵⁶ *Halsbury's Laws* (fn. 50), para 2035C; *Tolley's Tax Planning* (fn. 51), pt 29 sub-s 29.54; *Simon's Taxes* (fn. 51), vol 1 sub-s D1.1203C; *HM Revenue & Customs* (fn. 51), ch CIRD210150 Qualifying IP Rights: Rights To Which Part 8A Applies; *HM Revenue & Customs* (fn. 51), ch CIRD210170 Qualifying IP Rights: Other Rights To Which Part 8A Applies.

⁵⁷ *Halsbury's Laws* (fn. 50), para 2035C; *Tolley's Tax Planning* (fn. 51), pt 29 sub-s 29.57; *Simon's Taxes* (fn. 51), vol 1 sub-s D1.1203 pt Qualifying IP Right; *HM Revenue & Customs* (fn. 51), ch CIRD210190 Qualifying IP Rights: Meaning Of 'Qualifying Development'.

these are considered exceptions to the general rule which states that no relief should be granted without development.⁵⁸

Finally, after all requirements are met, a complex methodology comes into operation to calculate the resulting tax deduction. Without going into unnecessary depth, two unique methods of calculation can be identified. Both options are viable and may be freely chosen by the applicant:

First, a standard method that requires the applicant:

- a) to determine the total gross income during one accounting year, excluding finance income;
- b) to calculate the relevant IP-related income (“RIPI”);
- c) to divide up the revenue from the trade, according to a RIPI to total gross income ratio;
- d) to deduct 10 percent from profits based on certain specified costs (for example, personnel or machinery); and
- e) to subtract the return from marketing assets from the sum that was calculated up until this point (also called qualifying residual profit, or “QRP”), leaving the company with the relevant IP profits, or RP.⁵⁹

Second, the streaming method, which involves the first two steps of the standard method, but substitutes the subsequent steps with a process that divides expenses between RIPI and other incomes by adhering to a so-called “just and reasonable standard”.⁶⁰ By applying this method, a so-called RIPI-stream is identified that divides relevant from irrelevant income and is responsible for the method’s name.⁶¹

After having set out the basic structure of the UK patent box regime, one needs to address the issue of anti-avoidance clauses. These provisions are set out to prevent tax abuse arising from using the patent box as an enabler for fraud.⁶² Due to the unpredictable nature of tax avoidance, these clauses are intentionally formulated in a broad manner. As a result, these provisions are often criticised, considering that they potentially put participating companies at risk or deter them from opting into the patent box regime.⁶³

⁵⁸ Halsbury’s Laws (fn. 50), para 2035C; Tolley’s Tax Planning (fn. 51), pt 29 sub-s 29.57; Simon’s Taxes (fn. 51), vol 1 sub-s D1.1203 pt Qualifying IP Right; *HM Revenue & Customs* (fn. 51), ch CIRD210200 Qualifying IP Rights: Development Conditions A To D; *HM Revenue & Customs* (fn. 51), ch CIRD210210 Groups: Active Ownership Condition.

⁵⁹ *HM Revenue & Customs* (fn. 51), ch CIRD220110 Patent Box: relevant IP profits: steps for calculating relevant IP profits of a trade (old regime) CTA10/S357C.

⁶⁰ *HM Revenue & Customs* (fn. 51), ch CIRD230110 Patent Box: streaming: determining relevant IP profits CTA10/S357DA; an example for a fair and reasonable balance can be found here: *HM Revenue & Customs* (fn. 51), ch CIRD230150 Patent Box: streaming: example 1.

⁶¹ Cf. *HM Revenue & Customs* (fn. 51), ch CIRD220160 Patent Box: relevant IP profits: relevant IP income: overview CTA10/S357DA.

⁶² See section 357F to section 357 FB of the 2012 Finance Act; see also *HM Revenue & Customs*, The Patent Box: Technical Note and Guide to the Finance Bill 2012 clauses, 2012, 12 sub-s iv 1.32.

⁶³ However, HMRC is restrained when it comes to putting these clauses in action: *HM Revenue & Customs* (fn. 63), 7 sub-s xvii.

2. Advantages and Disadvantages and Target Audience

In comparison with other European regimes, the UK approach to patent boxes is advantageous for businesses licensing patentors selling products that rely on the underlying IP. However, the excessive complexity of the two methods of tax calculation, as well as possible anti-avoidance provisions that could leave companies vulnerable to unpredictable administrative decisions, are unattractive aspects of the system.

3. The Future

While this outline presents the current state of the patent box regime in the UK, the current system is about to undergo dramatic changes considering the OECD recommendations and the UK-Germany joint statement.⁶⁴ It seems inevitable that the UK will implement regulations that live up to the original conception of an R&D stimulus. As a first step, patent boxes will need to have a nexus with local inventions. As from 1 July 2016, companies need to prove substantive R&D activities in the UK before being able to apply for patent registration and opt into the patent box regime. This modified nexus approach was phased in alongside the current transfer-pricing system, which companies could already opt into before 30 June 2016. For both paths, grandfathering provisions will preserve benefits until 2021.⁶⁵

II. Liechtenstein

1. Current Regime

With a rate of only 2.5 percent,⁶⁶ Liechtenstein’s patent box grants one of the lowest tax rates in Europe on IP-related returns. This represents a discount of up to 80 percent on Liechtenstein’s usual tax rate for trade income. At the heart of Liechtenstein’s overall approach is Article 55 of the Taxation Code.⁶⁷ Its introduction dates back to 1 January 2011, when Liechtenstein completely revised its tax code and created several new passages concerning income taxation and IP-related tax relief.⁶⁸ Promoted as a way of securing Liechtenstein’s market shares in R&D activities, the “IP-Box” was intended to encourage future growth in this economic sector.⁶⁹

Due to the broad aim of promoting industrial growth and supporting R&D, the patent box regime in Liechtenstein is relatively extensive. It includes patents, trademarks, designs, software and scientific databases, as long as they are registered in any domestic or foreign registry.⁷⁰ This scope constitutes the largest reach of eligible IP rights in all of Europe.⁷¹

⁶⁴ *S. Germany/United Kingdom* (fn. 7).

⁶⁵ *HM Revenue & Customs* (fn. 51), ch CIRD220550 Patent Box: relevant IP profits: profits arising before grant of right: how the relief is given.

⁶⁶ *Evers*, Intellectual Property Box Regimes, 2015, p. 7.

⁶⁷ Art. 55 Gesetz über die Landes- und Gemeinde Steuern (SteG).

⁶⁸ *Wenz*, 3 LiechtensteinJournal (2009), 87, 87.

⁶⁹ According to the UN Data on Liechtenstein, 39 percent of Liechtenstein’s gross value-added was dependent on the production industry in 2010.

⁷⁰ For guidance on qualifying rights that are registered see fn. 67.

⁷¹ *Evers* (fn. 67), 7.

2. Advantages and Disadvantages

The lack of double taxation treaties with other nations poses a mild problem for Liechtenstein and its IP strategy. Liechtenstein is a member of the European Economic Area, but is not an EU member state, and relies solely on separately negotiated agreements with EU member states. With only a few double taxation treaties in force, the major examples being those with Germany, Austria and the UK,⁷² Liechtenstein remains too unconnected to its European neighbours to take full advantage of its competitive patent box regime, a fact that might deter future investors wanting to utilise Liechtenstein as a principal hub for their IP holdings.

Additionally, there were concerns about the compatibility of Liechtenstein's domestic approach with the interdiction of state aid under EU law. However, the European Free Trade Association Surveillance Authority settled this dispute and dismissed those claims on 1 June 2011.⁷³ Therefore, the advantages of having a regulatory approach approved by European authorities and a steep discount on IP-related income might outweigh the relative isolation insofar as double taxation treaties are concerned in comparison with other European patent box regimes.

3. Target Audience

Liechtenstein's variation on patent boxes seems to suit the needs of companies that want to protect their not yet sound assets from a first-time domestic taxation. Keeping in mind the current lack of double taxation treaties, very interconnected companies might face problems in this regard. These issues might arise in connection with outsourcing or spreading assets across various jurisdictions and/or entities, which might present those companies with a financial problem or the issue of reclaiming withholding taxes on royalty income from foreign jurisdictions.

4. The Future

As mentioned under B II. 2. and due to the findings of the BEPS commission on harmful tax practices, the current regimes pertaining to patent boxes will undergo significant changes in the next few years.⁷⁴ Liechtenstein's scheme does not deviate from this general trend. On 12 July 2016, Liechtenstein's government released a statement confirming their willingness to change the current tax regime and implement the findings of the BEPS commission.⁷⁵ As a result of this decision, the tax deductibility of IP-related income will be limited. In addition, measures for the efficient interchange of tax information will be put into action. Since the current legislation does not comply with these modifications, an appropriate transitional period will be granted to replace the

old scheme.⁷⁶

III. Ireland

1. Current Regime

The "Knowledge Development Box" ("KDB") was introduced by the Finance Act 2015 for companies whose accounting period started on or after 1 January 2016. The Act is designed to tax income arising from patents, copyrighted software and, concerning smaller companies, patent-like rights.⁷⁷ Ireland was among the first countries to introduce a patent box regime in the 1970s. After abolishing it a few years later, it reintroduced in 2000⁷⁸, but abolished again tax incentives from 2011 to 2014.⁷⁹ The new scheme covers a much smaller portion of available IP rights and focuses on patent and patent-like rights.

From 1 January 2016 until 1 January 2022, the box will offer a deduction of up to 50 percent on "qualifying profits", leading to an effective tax rate of 6.25 percent.⁸⁰ To calculate the qualifying profits ("QP"), it is necessary to determine the "qualifying expenditure" ("QE"), "uplift expenditure" ("UE") and the "overall expenditure" ("OE").⁸¹ QE and UE are added together and divided by OE. Ultimately, it is necessary to multiply this sum by the "qualifying assets profit" ("QA").⁸² The result of the formula represents the profits that are related to R&D expenses (QP).⁸³

The qualifying income includes any royalties and amounts received from a direct exploitation, as well as sums received from attributable sales.⁸⁴ In comparison with other regimes, the Irish system is based on a narrow scope of qualifying income, especially compared with Liechtenstein's approach.⁸⁵ QE includes any R&D costs, expressly encompassing "costs of R&D that are outsourced to unrelated parties but excludes expenditure on R&D performed by related parties and the cost of acquired intellectual property".⁸⁶

Additionally, it must be pointed out that external experts can be appointed by the Irish Revenue Service to determine whether expenses qualify as R&D activities, or if IP rights are eligible under the Finance Act.⁸⁷ Considering the importance of trade secrets, this situation could lead to possible confidentiality concerns on the part of companies.⁸⁸

⁷² Fiscal Authority Principality of Liechtenstein, List of all Double Taxation Agreements (DTA) and Tax Agreements regarding Exchange of Information, <https://www.llv.li/files/stv/int-uebersicht-dba-tiea-engl.pdf>

⁷³ See Decision EFTA Surveillance Authority, Official Journal of the European Community C 278/9.

⁷⁴ Cf. OECD (fn. 6).

⁷⁵ *Fiscal Authority Principality of Liechtenstein*, Regierung verabschiedet Bericht und Antrag zur Abänderung des Steuergesetzes (BEPS) (press release, 12 July 2016).

⁷⁶ Hasler, Das neue liechtensteinische Steuergesetz, 2010, p. 22.

⁷⁷ *Office of the Revenue Commissioners*, Guidance Notes On the Knowledge Development Box, 2016, s 1 sub-s 1; for additional information see: *Minister for Finance*, Minister for Finance publishes Finance Bill 2015 (22 October 2015, press-release).

⁷⁸ Reddan (fn. 3), 1.

⁷⁹ Graetz/Doud (fn. 2), 366.

⁸⁰ Finance Bill 2015 – List of Items (Ireland), 5 ch "Corporation Tax" sub-s 30.

⁸¹ Finance Bill 2015 Explanatory Memorandum (Ireland), 7 s 30 para 3; Notes KDB, 3 ch 2.

⁸² *Office of the Revenue Commissioners* (fn. 78), 12 ch 2 s 2.2 sub-s 2.2.1.

⁸³ *ibid.*

⁸⁴ *Office of the Revenue Commissioners* (fn. 78), 40 ch 3 s 3.2 sub-s 3.2.1 example 3.39.

⁸⁵ S. C. II. 1.

⁸⁶ Finance Bill 2015 Explanatory Memorandum (Ireland), 7 s 30 para 4.

⁸⁷ Finance Bill 2015 Explanatory Memorandum (Ireland), 7 s 30 para 11; *Office of the Revenue Commissioners* (fn. 78), 77 ch 8.

⁸⁸ *ibid.*

2. Advantages and Disadvantages

Most advantageous for the KDB is Ireland's already existing knowledge-based economy. Large corporations manage their European operations from Dublin and thereby provide a dense hub of information technology firms for Ireland. Furthermore, there are already numerous tax incentives for intangible rights, which could be combined with the KDB.⁸⁹ Drawbacks include the narrow scope of eligible IP, the potentially high cost of tracking down every invoice item related to the relevant IP,⁹⁰ and possible concerns about secrecy if external experts need to investigate.⁹¹ Nonetheless, with an exceptionally low rate of 6.25 percent and the promising future of a stable mechanism due to initial compliance with the OECD recommendations, Ireland's KDB might be the perfect opportunity for eligible companies. Additionally, there are a great many double taxation treaties in place. Using Dublin as a hub for activities might therefore prove beneficial for MNEs.⁹²

3. Target Audience

Ireland's approach is at the forefront of OECD-compliant regimes: "For other countries, it's only a matter of time before they follow," said *Kevin McLoughlin*, head of tax at EY Ireland in an interview with *The Irish Times*.⁹³ The implementation of the nexus approach constitutes a shift from targeting pure holding companies to entities that conduct real R&D in Ireland.⁹⁴ Moreover, the current legislation is tailored to companies carrying out R&D activities in Ireland as well as those wanting to relocate significant R&D activities to Ireland.

4. The Future

Ireland's approach has to prove itself over the next five years. The KDB is designed to comply with EU and OECD standards, and therefore is likely to stay relatively unchanged.⁹⁵ What needs to be addressed are secrecy concerns arising from potential external investigations⁹⁶ and the administrative burden, which obliges companies to clearly track all invoice items.

D. Conclusion

In a majority of cases, a detailed analysis allows for the conclusion that an existing patent box regime does have a positive impact on the growth rate in R&D.⁹⁷ However, the core factor to predict the success of such a regime

does not exclusively lie in the adopted tax rate.⁹⁸ Various other elements, such as business environment, existing governmental policies and the scope of IP rights will more sufficiently determine the success of a patent box.⁹⁹ It needs to be pointed out that the OECD and the EU recognise the effectiveness of patent boxes for encouraging R&D activities. However, these tax incentives came under scrutiny after the global financial crises, which led to the introduction of the nexus approach being the OECD's method of choice.

Supported by the EU and the G20, the new OECD guidelines will need to be implemented internationally. Jurisdictions opposing this new global standard would risk economic sanctions, which could have a negative impact on vital branches of their economies. Countries which adopt the new standard will also need to redesign their global policies to attract substantial investment activities.

Ultimately, only time will tell if this orientation is fruitful and whether patent boxes are here to stay.¹⁰⁰

⁸⁹ *Ernst & Young Ireland* (fn. 102), p. 2; *Deloitte Ireland*, KDB – Adding to Ireland's R&D incentives, 2016, p. 4.

⁹⁰ Finance Bill 2015 Explanatory Memorandum (Ireland), 7 s 30 paras 5, 7; *Office of the Revenue Commissioners* (fn. 78), 3 ch 2.

⁹¹ *Mason Hayes Curran LLP*, Tax Update: Irish 6.25 percent KDB, 2015, S. 2 para 3.

⁹² *The Office of the Revenue Commissioners*, Tax Treaties, www.revenue.ie/en/practitioner/law/tax-treaties.html.

⁹³ *Reddan* (fn. 3).

⁹⁴ *Department of Finance (Ireland)*, The KDB – Public Consultation, 2015, p. 3.

⁹⁵ *Department of Finance (Ireland)* (fn. 108), p. 5.

⁹⁶ S. fn. 110.

⁹⁷ Cf. *Graetz/Doud* (fn. 2), 374 f.; *Atkinson/Andes* (fn. 1), 9 ff.; *Knigh/Maragani* (fn. 5), 54 ff.

⁹⁸ Exemplary for this conclusion: *Merrill*, 63 *National Tax Journal* (2010), 623, 627; *Hemel/Ouellette*, 92 *T. L. Rev.* (2013), 303, 347.

⁹⁹ *OECD*, R&D Tax Incentive Indicators, 2017, sub-s "Changes in tax support for business R&D".

¹⁰⁰ Especially in light of criticism on tax breaks for IP, as IP is considered a prime vehicle for tax avoidance by some scholars: cf. *Blair-Stanek* (fn. 13), 14 ff., 58 f., 67 ff.